



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

FACOLTA' DI ECONOMIA

DOTTORATO DI RICERCA

IN

DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA

**CURRICULUM
ECONOMIA E ISTITUZIONI**

XXV° CICLO

-

A.A. 2012/2013

TESI

**«PREMINENTI INTERESSI GENERALI» E «TUTELA DELLA
CONCORRENZA» NELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE
GRANDI IMPRESE IN CRISI**

Coordinatore del Dottorato e Docente Tutor

Chiar.mo Prof. **Roberto Miccù**

Candidato

Dott. **Daniele Stanzione**

**«PREMINENTI INTERESSI GENERALI» E «TUTELA DELLA
CONCORRENZA» NELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE
GRANDI IMPRESE IN CRISI**

INDICE – SOMMARIO

Introduzione. Scopo e profili dell'indagine.....

CAPITOLO I

***La “tutela della concorrenza” nel diritto dell’Unione Europea e
nell’ordinamento costituzionale italiano***

1. Premessa.
2. L'evoluzione della tutela della concorrenza nel diritto UE. Il rafforzamento della dimensione sociale europea.
 - 2.1. (*Segue*). Rifiuto di posizioni liberistiche estreme e di interventi dirigistici. Sviluppo sostenibile basato su di una «economia sociale di mercato fortemente competitiva».
3. La tutela della concorrenza nell'ordinamento costituzionale italiano. La riforma del Titolo V e l'espressa inclusione della «tutela della concorrenza» fra le materie riservate alla competenza esclusiva statale.
 - 3.1. (*Segue*). L'art. 41 Cost. La libertà di concorrenza come “naturale espressione dello svolgimento della libertà di iniziativa economica”. Il parametro della “concorrenza effettiva”.
 - 3.2. (*Segue*). L'«utilità sociale» ex art. 41 Cost., co. 2, come *limite alla libertà di iniziativa economica*: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.
 - 3.2.1. (*Segue*). L'«utilità sociale» ex art. 41 Cost., co. 2, come *limite alla concorrenza*: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.
4. L'art. 41 Cost. alla prova della crisi economico-finanziaria. Breve *excursus* sul riferimento alla “crisi” nelle decisioni della giurisprudenza costituzionale: l'origine.

5. (*Segue*). Il riferimento alla recente crisi economico-finanziaria internazionale nelle decisioni della Consulta. La sentenza n. 270/2010. I «preminenti interessi generali», attinenti alla sfera economica, come limite alla concorrenza.

CAPITOLO II

Gli aiuti di Stato nella disciplina anticoncorrenziale dell'Unione europea

1. Premessa. “Dimensione” comunitaria degli aiuti di Stato.
2. La disciplina normativa. Inquadramento delle fonti. L’esercizio del potere regolamentare, *ex art.* 109 TFUE, da parte del Consiglio.
3. La nozione di “aiuto di Stato”. I requisiti richiesti dall’ art. 107, par. 1, TFUE e l’interpretazione giurisprudenziale.
 - 3.1. (*Segue*). «Aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali»: “finanziamento di origine pubblica”.
 - 3.2. (*Segue*). La concessione dell’aiuto «sotto qualsiasi forma». Il “conferimento di un vantaggio [gratuito] ai beneficiari”¹. Il carattere di “selettività” della misura.
 - 3.3. (*Segue*). “Pregiudizio al commercio tra Stati membri” e “pregiudizio alla concorrenza”.
4. Le deroghe al principio di incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune *ex art.* 107, parr. 2 e 3, TFUE. Aiuti compatibili di diritto e aiuti potenzialmente compatibili.
 - 4.1. (*Segue*) Gli “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà”. Prospettive di riforma nell’ambito del processo di “modernizzazione degli aiuti di Stato”.
 - 4.1. (*Segue*) I “principi” di cui agli “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà”.
 - 4.2. (*Segue*) Le “regole” di cui agli “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà”.
5. L’evoluzione della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e del concetto di “interesse comunitario”. L’attuale esigenza di contemperamento fra “valori di mercato” e “fini sociali”.

¹ V. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012, 314.

- 5.1. (*Segue*). Dall'applicazione "marginale" della disciplina sugli aiuti di Stato al "riequilibrio nei rapporti tra regole di mercato ed interessi generali"². L'insorgere dell'attuale crisi economico-finanziaria.
- 5.2. (*Segue*). Gli interventi comunitari a sostegno della crisi. La "nuova" base giuridica delle misure derogatorie: l'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE.
- 5.3. (*Segue*). La Comunicazione della Commissione europea del 13 ottobre 2008 – *"L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale"*.
- 5.4. (*Segue*). La Comunicazione della Commissione europea del 5 dicembre 2008 – *"La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza"*.
- 5.5. (*Segue*). La Comunicazione della Commissione europea del 25 febbraio 2009 *"concernente il trattamento degli attivi svalutati nel settore bancario della Comunità"* e la Comunicazione del 19 agosto 2009 *sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato. Proroghe*.
- 5.6. (*Segue*). La Comunicazione della Commissione europea del 17 dicembre 2008 – *"Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica"*³. Proroghe.
- 5.7. (*Segue*). Le prime decisioni adottate dalla Commissione europea in attuazione del "quadro di riferimento temporaneo". La situazione italiana.
6. Note sparse sul riconoscimento, da parte della Commissione, della rilevanza strategica del settore bancario (alla luce della portata "sistemica" della crisi) nel perseguimento del "comune interesse europeo".
7. Il processo di riforma della disciplina degli aiuti di Stato. Dallo *State Aid Action Plan* alla Comunicazione della Commissione sulla *"Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE"*.

² Così TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, in SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato"*, Torino, 2011., 8.

³ Parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 (che "modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica"); il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1.

CAPITOLO III

L'evoluzione normativa della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

1. La *legge Prodi* del 3 aprile 1979, n. 95: il contesto economico-giuridico all'epoca della sua introduzione.
 - 1.1. (*Segue*). Le osservazioni della Commissione europea sulla *legge Prodi*.
 - 1.2. (*Segue*). I casi cc.dd. *Ecotrade* e *Piaggio* all'esame della Corte di Giustizia.
2. La (prima) riforma dell'amministrazione straordinaria: la cosiddetta *Prodi bis*.
 - 2.1. (*Segue*). Le principali differenze tra la "nuova" disciplina di cui alla *Prodi bis* e la *legge Prodi*.
 - 2.2. (*Segue*). Criticità del d. lgs. n. 270/1999. Il requisito del rapporto tra indebitamento e patrimonio.
 - 2.3. (*Segue*). Le osservazioni della Commissione europea sulla *Prodi bis*.
3. Il decreto legge n. 347 del 23 dicembre 2003, conv. in l. n. 39/2004 (cd. *legge Marzano*). Finalità ed obiettivi.
 - 3.1. (*Segue*). Tratti distintivi del *decreto Marzano*. Caratteristiche e profili critici. Novità e differenze rispetto alla *Prodi bis*.
 - 3.2. (*Segue*). La conversione in legge n. 39/2004 (cd. *legge Marzano*) del d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003. Novità ed emendamenti.
 - 3.3. (*Segue*). Compatibilità della *legge Marzano* con l'ordinamento comunitario. Primi rilievi.
4. Differenze fra la disciplina di cui alla *Prodi bis* e la *legge Marzano*.
5. Le successive modifiche legislative in materia di amministrazione straordinaria. Prospettive di riforma.
6. La procedura "speciale" per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali.

CAPITOLO IV

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese nella crisi del gruppo.

Insolvenza transfrontaliera, crisi ed insolvenza dell'impresa bancaria.

1. I gruppi di imprese. Brevi cenni introduttivi. Rilevanza giuridica ed economica. Dati statistici.
2. L'estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese facenti parte di un "gruppo". Ricostruzione storica dell'istituto.
3. L'estensione dell'amministrazione straordinaria al gruppo di imprese nel d. lgs. n. 270/99. Cenni procedurali.
 - 3.1. (*Segue*) La fase del commissariamento giudiziale.
 - 3.2. (*Segue*). L'azione revocatoria "aggravata".
4. Cenni sull'insolvenza transfrontaliera. I principi dell'universalità e della territorialità.
 - 4.1. (*Segue*). La situazione antecedente al Regolamento CE sulle procedure d'insolvenza transfrontaliera n. 1346/2000. Le convenzioni internazionali.
 - 4.2. (*Segue*). L'adozione del Regolamento CE n. 1346 del 29 maggio 2000: alcuni profili problematici.
 - 4.3. (*Segue*). Alcuni celebri casi di insolvenza transfrontaliera. Il *leading case* "Eurofood" e il caso "Interedil".
5. Crisi ed insolvenza dell'impresa bancaria. Rilievi introduttivi.
 - 5.1. (*Segue*). L'amministrazione straordinaria nella crisi dell'impresa e del gruppo bancario.
 - 5.3. (*Segue*). La gestione della crisi delle banche operanti in ambito comunitario.
 - 5.4. (*Segue*). Gli orientamenti internazionali e comunitari sulla gestione della crisi bancaria. L'istituzione della European Banking Authority (EBA).

CAPITOLO V

«Tutela della concorrenza» ed amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi nell'ordinamento costituzionale e dell'Unione europea

1. Premessa.

2. Gli interessi pubblici (prevalenti) legati all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e la «tutela della concorrenza» nell'ordinamento italiano. Il caso Alitalia.

2.1. (*Segue*). Il “piano di ristrutturazione industriale” notificato il 15 ottobre 2004.

2.2. (*Segue*). Il “prestito ponte” e la cessione a CAI di alcuni beni della compagnia di bandiera italiana.

2.3. (*Segue*). La rispondenza a «preminenti interessi generali» delle concentrazioni previste nel programma di risanamento delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali e la pronuncia della Corte Costituzionale n. 270/2010.

2.3.1. (*Segue*). La questione di legittimità costituzionale e la posizione dei rimettenti. -

2.3.2. (*Segue*). La decisione della Consulta. L'iter argomentativo.

2.3.2.1. (*Segue*) *L'art. 4, comma 4-quinquies, d.l. 347/2003 come “norma-provvedimento”.*

2.3.2.2. (*Segue*) *La presunta violazione degli artt. 3 e 41 Cost. La libertà di concorrenza quale manifestazione della libertà di iniziativa economica privata e le clausole generali di “utilità sociale” e “fini sociali”.*

2.3.2.3. (*Segue*) *I preminenti interessi generali tutelati dall'art. 4, comma 4-quinquies, d.l. n. 347/2003. Riconducibilità alle clausole generali dell' “utilità sociale” e dei “fini sociali”.*

2.3.2.4. (*Segue*) *Il test di proporzionalità della misura. Ragionevolezza della norma.*

2.4. (*Segue*). Noterelle a margine della pronuncia della Corte Costituzionale n. 270/2010.

3. Compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato. Piano d'indagine.

3.1. (*Segue*). L'istituzione della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. La c.d. “legge Prodi” e le relative censure mosse dalle istituzioni comunitarie. La posizione della Commissione europea.

3.2. (*Segue*). Le sentenze della Corte di Giustizia nei casi *Ecotrade e Piaggio*. Incompatibilità (solo) parziale della *legge Prodi* con il mercato comune.

3.3. (*Segue*). La decisione della Commissione europea del 16 maggio 2000 *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*. Ulteriore conferma della incompatibilità (solo) parziale della *legge Prodi* con il mercato comune. Necessaria distinzione fra *misure generali* e *misure selettive*.

3.4. (*Segue*). Ulteriori argomenti a sostegno della incompatibilità (solo) parziale della *legge Prodi* con il mercato comune. Necessaria incidenza delle misure sul bilancio statale ai fini della dichiarazione di incompatibilità.

3.5. (*Segue*). Pacifica compatibilità del D. Lgs. n. 270/99, c.d. *Prodi bis*, con il mercato comune. Prime considerazioni a proposito della compatibilità della c.d. *legge Marzano*.

3.6. (*Segue*). La disciplina dell'azione revocatoria nella c.d. *legge Marzano*. La sentenza della Corte Costituzionale del 21 aprile 2006, n. 172 e le conferme in ordine alla compatibilità sul piano “interno” e “comunitario”.

4. Qualche riflessione di ordine sistematico sulla compatibilità “comunitaria” della procedura di amministrazione straordinaria di cui alla *legge Marzano*. Considerazioni preliminari sulla “variante Alitalia”.

4.1. (*Segue*). Valutazioni sulla natura «selettiva» della procedura di amministrazione straordinaria *ex legge Marzano*. Orientamenti dottrinali e brevi note critiche.

4.2. (*Segue*). Programma di «ristrutturazione economico-finanziaria» dell'impresa. Ruolo ed interesse dei creditori e rapporti con la disciplina *antitrust*.

4.3. (*Segue*). Analisi di alcune misure (solo) potenzialmente incompatibili. La continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa. La moratoria sui debiti ed il divieto di azioni esecutive.

4.4. (*Segue*). La disciplina della revocatoria fallimentare nella *legge Marzano*. Conferme sulla compatibilità anche sotto il profilo “comunitario”. Brevi note sui contratti pendenti.

5. Sulla compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria introdotta dal d.l. n. 134/2008 (caso Alitalia) con specifico riferimento al comma 4-*quinquies* cit. Considerazioni preliminari. Valorizzazione della *dimensione sociale* dell'UE e “prevalenza” sulla concorrenza. La crisi come “strumento” di (ri)valorizzazione dei *fini sociali*.

6. (*Segue*). Esito positivo dell'indagine di compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria introdotta dal d.l. n. 134/2008 (caso Alitalia), con

specifico riferimento al comma 4-*quinqüies* cit. Insussistenza di un onere supplementare a carico dello Stato. Rilievi conclusivi.

Bibliografia.....

INTRODUZIONE

Scopo e profili dell'indagine

1. Il presente lavoro ha ad oggetto l'analisi della compatibilità fra la disciplina "comunitaria" sugli aiuti di Stato e la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, con l'obiettivo di individuare il miglior "bilanciamento" fra (i) *interessi sopranazionali (e nazionali)* di tutela della concorrenza, tendenti ad evitare che forme di "aiuto" alle imprese in crisi possano tradursi in illecite distorsioni dei meccanismi di concorrenza perfetta, ed (ii) *interessi nazionali* (e, nell'ipotesi di gruppi di imprese, spesso dalla rilevanza anche internazionale) alla salvaguardia di grandi imprese, dalla rilevanza strategica per il sistema economico (con conseguente necessità di tutela dei relativi livelli occupazionali), talvolta anche quotate sui mercati regolamentati e quindi con azioni diffuse fra il pubblico dei risparmiatori⁴: interessi – considerati "preminenti" dalla Corte Costituzionale⁵ – ancor più sentiti nell'ipotesi in cui la crisi riguardi un'impresa bancaria, e possa quindi minare la stabilità del relativo sistema (o, come nella recente crisi finanziaria potenzialmente produrre un effetto "sistemico"⁶ alla cui prevenzione e contenimento sono stati orientati gli interventi della Commissione Europea⁷), o nel caso in cui essa coinvolga un gruppo di imprese,

⁴ A tal proposito, v., in senso critico, i rilievi di A. NUZZO, *Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa*, in A.G.E., 2009, 110, il quale, valorizzando, nel bilanciamento di interessi dalla rilevanza costituzionale, anche la (trascurata) esigenza di tutela del risparmio, ex art. 47 Cost., osserva: "In Italia il modello di soluzione della crisi sembra proporre anzitutto un impegno convergente e immediato delle istituzioni alla difesa dell'occupazione. Se si tratta di proteggere il lavoro nell'impresa si forma anzi una linea di indirizzo tanto compatta da condurre – come visto, almeno nei casi Parmalat e Alitalia – ad un disinvoltato uso dello strumento legislativo, solo formalmente rispettoso del principio di generalità ed astrattezza. *Non si registra una simile mobilitazione a tutela degli interessi dei risparmiatori e del mercato*" (corsivo aggiunto).

⁵ Cfr., per tutte, Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, edita in più riviste, fra cui in *Fallimento*, 2011, n. 2, 153 ss., con nota di FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio*; in *Giur. cost.*, 2010, n. 4, 3296 ss., con nota di LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*; in *Riv. dir. comm.*, 2011, n. 2, 217 ss., con nota di SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*; in *Foro it.*, 2010, n. 11, 2913 ss., con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *L'incompiuta ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*.

⁶ Sul punto v. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2010, n. 3, 379 ss. e spec. 382 ove osserva che "il settore finanziario e in specie quello degli intermediari finanziari, è dalla Commissione considerato strategico, poiché è volto ad alimentare i flussi delle risorse che affluiscono a tutti i settori dell'economia. La crisi finanziaria mondiale, se per un verso presenta "problemi specifici" legati al mercato creditizio dei mutui ipotecari e alle perdite dovute strategie eccessivamente rischiose adottate dalle banche, per altro verso solleva "problemi sistemici" collegati all'inaridimento del prestito interbancario, alla crisi di liquidità, al rischio di propagazione all'economia reale e insomma alla "erosione generale della fiducia" nel sistema bancario e finanziario nel suo complesso, problemi che esigono allora interventi pubblici per ripristinare stabilità e corretto funzionamento di quel settore quale nodo essenziale delle economie nazionali e dell'economia mondiale".

⁷ Attraverso i quali è stata autorizzata la concessione di aiuti di Stato in base alla clausola dell'(ex)art. 87, par. 3, lett. b) del Trattato CE, in quanto "destinati [...] a porre rimedio a un grave turbamento

dall'operatività internazionale, con tutte le difficoltà conseguenti alle necessità di armonizzazione delle discipline sostanziali e coordinamento giurisdizionale.

Il bilanciamento fra i predetti interessi non può che essere necessariamente attualizzato nel contesto evolutivo della disciplina “comunitaria” sugli aiuti di Stato (dal Trattato di Lisbona al recente processo di “modernizzazione” della stessa disciplina sugli aiuti) e prima ancora della “tutela della concorrenza”, tanto a livello nazionale quanto europeo, nonché nell’ambito della recente crisi finanziaria e dell’economia reale a livello globale (nel quale si colloca, peraltro, anche l’amministrazione straordinaria di *Alitalia*) – che ha dato luogo a numerosi interventi dei pubblici poteri, per lo più coordinati a livello comunitario –, circostanze tutte che suscitano i seguenti interrogativi: (i) “se il diritto della concorrenza debba o meno lasciare il passo, quantomeno sotto un profilo sanzionatorio, quando ad essere in crisi non sia una singola impresa, bensì un intero settore industriale o a maggior ragione, come è avvenuto in questi ultimi anni, l'intera economia, determinando l'esplosione dei casi di fallimento delle imprese operanti sia nei mercati finanziari, sia nei mercati reali”⁸; o, più semplicemente e come sembra ragionevole ritenere, ad avviso di chi scrive, (ii) se il carattere “sistemico” della crisi – in uno con il *rafforzamento della dimensione sociale europea a scapito della concorrenza*⁹, di cui si dirà meglio oltre - debba comportare una rivalutazione (e maggiore considerazione) degli interessi “generali” da tutelare a scapito

dell’economia di uno Stato membro”. Cfr. a tal proposito le Comunicazioni della Commissione Europea, inerenti il *sistema finanziario*, del 13 ottobre 2008 (Comunicazione CE n. 2008/C 270/02 – “L’applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria mondiale”); del 5 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 10/03 – “La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza”); del 25 febbraio 2009 (Comunicazione CE n. 2009/C 72/01 – “concernente il trattamento degli attivi svalutati nel settore bancario della Comunità”); del 19 agosto 2009 (Comunicazione CE n. 2009/C 195/04 - sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell’attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato). Con più generale riguardo all’*economia reale*, cfr. invece la Comunicazione della Commissione Europea del 17 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 16/01 – “Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”), parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 (che “modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”): il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1.

⁸ Così GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, in *Riv. soc.*, 2011, 334 ss. Sul punto v. anche PERITZ, *Competition Policy in America*, O.U.P., Oxford, 2000 e HOVENKAMP, *United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*, in *Minn. Law Rev.* 2009, 311 ss. Cfr. altresì Commissione, *Dodicesima relazione sulla concorrenza*, § 38.

⁹ Così TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 8; ma v. *amplius*, LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano 2010, 191 ss.; ID., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit., 3296 ss.

della concorrenza atteso che essi (tra cui la tutela occupazionale e la garanzia dell'erogazione di servizi essenziali) assumono, in tale contesto, crescente intensità¹⁰.

2. I suddetti profili di indagine ci hanno indotto quindi - a seguito di una panoramica introduttiva sull'evoluzione della "tutela della concorrenza" a livello europeo e nazionale, consistentemente influenzata dal già richiamato processo di rafforzamento della "dimensione sociale europea", ulteriormente valorizzata nel contesto di crisi - a ricostruire la disciplina degli aiuti di Stato dando atto dell'evoluzione giurisprudenziale e, soprattutto, dei recenti interventi comunitari a sostegno della crisi nonché delle prospettive di riforma della normativa europea sugli aiuti di Stato.

L'analisi prosegue avendo riguardo alle caratteristiche fondamentali della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, dalla sua introduzione fino alle recenti modifiche.

3. Invero, alla luce delle finalità di risanamento e conservazione del patrimonio produttivo ed occupazionale che contraddistinguono la procedura di amministrazione straordinaria, numerosi sono stati i dubbi sollevati in dottrina ed in giurisprudenza circa la compatibilità della stessa con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato (e, dal punto di vista interno, con i principi costituzionali "preordinati" alla tutela della concorrenza), conducendo a numerosi interventi legislativi di riforma ed adeguamento che, tuttavia, non può ancora dirsi pienamente completato e che si è spesso caratterizzato per interventi *ad hoc* - di recente il caso *Alitalia* - a conferma della mutevolezza degli interessi in gioco, influenzati dall'andamento del mercato.

Come noto, infatti, la crisi economica di una grande impresa produce di regola una moltitudine di effetti e conseguenze economiche (negative) tendenzialmente rilevanti e tali da coinvolgere tutti coloro che siano entrati in contatto diretto (e non solo) con

¹⁰ A proposito dell'incidenza della crisi nell'ambito della pronuncia della Consulta n. 270/2010, sul noto caso "Alitalia", v. BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, a cura di Francesca Angelini e Marco Benvenuti, Napoli, 2012, 401, secondo il quale "l'evocazione della crisi costituisce, in entrambi i passaggi della motivazione qui citati, un argomento di contorno - più che un «argomento principe» - e svolge, dunque, una funzione spiccatamente rafforzativa rispetto a più ampie considerazioni in ordine alla (ri)valorizzazione dei riferimenti dell'«utilità sociale» di cui all'art. 41, co. 2, Cost. e dei «fini sociali» di cui all'art. 41, co. 3, Cost. Questi ultimi, lungi dal costituire un'ineffabile «formula magica», come da taluno un po' semplicisticamente qualificati, si raccordano senz'altro al «dovere di solidarietà politica, economica e sociale posto dall'art. 2 Cost., da un lato, e [al]la garanzia della pari dignità sociale posta dall'art. 3 Cost., dall'altro» ma sottendono altresì - come già a suo tempo evidenziato da V. Crisafulli e da C. Mortati in opposizione alla sent. n. 78/1958 - alla piena garanzia del lavoro come principio e come diritto costituzionale *ex art. 4, co. 1, Cost.*".

l'impresa medesima, come ad esempio i fornitori, le banche, i clienti e gli investitori; ma, soprattutto, la crisi si riverbera inevitabilmente sui livelli occupazionali, la cui salvaguardia (unitamente alla tutela dei creditori) costituisce il fine precipuo di qualunque procedura atta a risanare, ove possibile, l'impresa insolvente garantendo la prosecuzione dell'attività.

Al tempo stesso, tuttavia, la scomparsa di una serie di aziende dal mercato¹¹ o, in alternativa, la loro sopravvivenza "artificiale", pur in assenza delle condizioni per il risanamento, può produrre una serie di inefficienze tali da ripercuotersi sulla stabilità del sistema economico e della vita sociale.

L'obiettivo di evitare il prodursi delle predette conseguenze economiche negative (o, almeno, la necessità di limitarle e bilanciarle in un sistema di contrappesi) ha ispirato il legislatore che, sul finire degli anni '70, nella concomitanza di significativi dissesti economici relativi a gruppi di imprese dalla rilevanza strategica per l'economia nazionale, ha introdotto, attraverso la legge 3 aprile 1979, n. 95 (detta anche *legge Prodi*), una nuova procedura concorsuale, *i.e.* l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

La *legge Prodi* nasce come alternativa alla già esistente procedura fallimentare, con l'intento di creare uno strumento in grado di salvare dal fallimento le imprese ritenute di maggior interesse per l'economia nazionale, ispirata altresì da una più profonda finalità di tutela, di stampo "preventivo": "evitare che il dissesto delle grandi industrie provocasse una crisi delle grandi banche"¹².

Del regime derogatorio rispetto alla ordinaria procedura fallimentare, istituito dalla *legge Prodi*, potevano beneficiare le grandi imprese in crisi aventi da almeno un anno, un numero di addetti non inferiore a trecento, ed «una esposizione debitoria, verso

¹¹ Obiettivo che si pone in contrasto tanto con la disciplina fallimentare, quanto con quella antitrust, come bene osservano GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, cit., secondo i quali "non diversamente da quello che pare essere il moderno orientamento delle norme fallimentari, la disciplina di tutela della concorrenza tende alla conservazione (ed eventualmente alla redistribuzione) del patrimonio aziendale, poiché la sua dissoluzione inciderebbe negativamente sulle condizioni di offerta e, per questa via, sui prezzi, sulla varietà dei prodotti e sul tasso di innovazione".

¹² In tal senso M. VALIGNANI, *La crisi della grande impresa: l'evoluzione dell'amministrazione straordinaria*, in *Impresa*, 2005, 1742 e ss.: "Occorreva anche evitare un altro e forse ancor più grave pericolo, che pochi allora e in seguito hanno percepito: che il dissesto delle grandi industrie provocasse una crisi delle grandi banche. Queste erano esposte per crediti ingentissimi: se ne fosse emersa subito la quasi totale irrecuperabilità, la stabilità di qualcuna di queste banche sarebbe stata compromessa. La circostanza che le imprese debitorie, in base alla nuova procedura, continuassero l'attività in una prospettiva di possibile risanamento fornì per alcuni anni alla Banca d'Italia il pretesto per consentire di mantenere in bonis le relative esposizioni e, alle banche, la possibilità di evidenziare in bilancio e di assorbire le inevitabili perdite nell'arco di alcuni esercizi".

istituti o aziende di credito o istituti di previdenza e di assistenza sociale»¹³, o società partecipate in percentuale maggioritaria dallo Stato, «superiore a cinque volte il capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato»¹⁴.

Secondo la prevalente dottrina, il nuovo istituto dava vita ad una procedura concorsuale “speciale”, in quanto alternativa al fallimento, dal carattere “ibrido” e “composito” in virtù della compresenza di *fasi amministrative*, caratterizzate dall’ampia discrezionalità dell’autorità, specie nell’ammissione alla procedura, e *fasi giurisdizionali*: proprio l’ampia discrezionalità dell’autorità amministrativa e, soprattutto, l’attribuzione di un onere supplementare in capo allo Stato - sotto forma di sovvenzioni, prestiti o garanzie (o rinuncia ai crediti) - intervenuto in più ipotesi per assicurare il risanamento dell’impresa in crisi, sono stati alla base dei rilievi delle istituzioni comunitarie, di cui si dirà *infra*, che hanno condotto all’abrogazione della *legge Prodi* nel 1999 a seguito delle censure mosse dalle istituzioni comunitarie in ordine alla ritenuta violazione da parte dell'Italia delle norme europee in materia di aiuti di Stato alle imprese.

La necessità per lo Stato italiano di sottrarsi alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea e le ripetute censure mosse dalle istituzioni comunitarie hanno reso indispensabile per il legislatore procedere alla riforma della procedura di amministrazione straordinaria sebbene, come si chiarirà meglio in seguito, le censure comunitarie non fossero estese alla procedura *tout court*, come delineata dalla legge 3 aprile 1979 n. 95, c.d. *legge Prodi*.

4. La prima riforma dell’istituto dell’amministrazione straordinaria è stata quindi attuata per effetto del decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270, comunemente definito “*Prodi bis*”.

Come precisato all’art. 1, «l’amministrazione straordinaria è la procedura concorsuale della grande impresa commerciale insolvente, con finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali».

La revisione dei requisiti necessari per l’ammissione alla procedura (considerata espressione dell’esigenza contingente di soccorrere imprese *ad hoc*) ed i tentativi di

¹³ Cfr. l’art. 1 della *legge Prodi* (*Imprese soggette all’amministrazione straordinaria e norme applicabili*), come modificato e successivamente abrogato dall’articolo 109, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

¹⁴ V. ancora l’art. 1 della *legge Prodi* (*Imprese soggette all’amministrazione straordinaria e norme applicabili*), come modificato e successivamente abrogato dall’articolo 109, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

adattamento alle istanze comunitarie, contraddistinguono gli interventi di riforma della procedura di amministrazione straordinaria, (dalla c.d. *legge Marzano*) sino alla recente l. n. 166 del 27 ottobre 2008, che introduce (in occasione del dissesto di Alitalia) una procedura “speciale” per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, a conferma della sentita esigenza di garantire la conservazione di complessi imprenditoriali dalla rilevanza economica strategica, tanto più che, nel caso di specie, è prevista una rilevante deroga alla normativa *antitrust* in virtù della quale le operazioni di concentrazione connesse, contestuali o comunque previste nel piano di risanamento, in quanto rispondenti a preminenti interessi generali, non necessitano delle preventive autorizzazioni di norma necessarie, salva la notifica all’Autorità antitrust.

5. L’analisi dell’istituto dell’amministrazione straordinaria prosegue altresì avendo riguardo alla crisi del gruppo di imprese, fenomeno che “risponde all’esigenza di «razionale organizzazione» dell’economia moderna, in cui la grande impresa multidivisionale viene sostituita da un insieme di società, ciascuna specializzata in un settore o in una specifica fase del processo produttivo”¹⁵.

I gruppi “costituiscono un’unità economica, in cui vi è una strategia e una politica di gestione unitaria, determinata in vista di un interesse di gruppo superiore e diverso rispetto a quello delle singole imprese. Ferma restando l’autonomia giuridica riconosciuta a ciascuna impresa, quindi, si può riconoscere nel gruppo un unico soggetto economico, in cui il complesso di imprese che lo costituiscono sono sottoposte ad “una gestione unitaria””¹⁶ e, in tale contesto, l’interesse pubblico alla conservazione può divenire ancor più consistente, specie nell’ipotesi di gruppo dall’operatività internazionale.

La ormai significativa diffusione del fenomeno “aggregativo” (che vede la sua consacrazione nella struttura di gruppo) è determinata da molteplici motivazioni, direttamente collegate ai vantaggi ottenibili per il tramite di esso, come la maggiore flessibilità organizzativa, la diversificazione delle fasi produttive o l’accentramento di alcune funzioni aziendali (come la tesoreria) nonché – in particolare – il rafforzamento del potere contrattuale verso il sistema bancario ai fini dell’accesso al credito.

Tuttavia, la maggiore complessità della struttura d’impresa non esclude – specie dopo il superamento, a seguito dei più noti scandali finanziari dello scorso millennio,

¹⁵ Così P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Torino, 2012, 268, nt. 96.

¹⁶ Così CARATTOZZOLO, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni Il bilancio consolidato di gruppo. Profili economici e giuridici*, Milano, 2002, 37.

della teoria del *too big to fail* – che essa possa incorrere in crisi economica e/o finanziaria.

Anzi, la crisi del gruppo di imprese, per le dimensioni presumibilmente più significative dell'indebitamento (specie verso il sistema bancario) e dei lavoratori impiegati nello svolgimento dell'attività produttiva, è in grado di produrre effetti ancor più rilevanti in relazione agli interessi "generalisti", dalla rilevanza costituzionale, che tradizionalmente contraddistinguono la crisi della grande impresa.

Proprio alla luce di tali circostanze, già la legge *Prodi* disciplinava all'art. 3 l'estensione dell'amministrazione straordinaria anche alle imprese appartenenti ad un gruppo, disciplina poi "rinnovata" con l'avvento della c.d. *Prodi bis* di cui si darà conto nel presente lavoro.

6. Altresì, nel contesto dei grandi gruppi di imprese, particolare rilevanza assume l'insolvenza transfrontaliera; invero, la tutela degli interessi connessi alla crisi della grande impresa può connotarsi di ulteriori profili di complessità derivanti dall'eventuale operatività internazionale dell'impresa soggetta ad amministrazione straordinaria o, meglio, dal radicamento del gruppo a livello internazionale: tale complessità è determinata, in particolare, dalla necessità di armonizzazione delle discipline sostanziali e di coordinamento giurisdizionale, processo arduo in virtù delle fisiologiche diversità degli ordinamenti interni e della tradizionale difesa della propria sfera giurisdizionale da parte degli Stati a fronte delle pretese esecutive di un altro ordinamento¹⁷.

Le richiamate difficoltà – come osservato in dottrina - hanno assunto una portata ancor più consistente nella materia fallimentare, laddove, allo scopo di garantire la soddisfazione della *par condicio creditorum*, il fallimento (e più in generale ogni procedura concorsuale, e quindi fra di esse l'amministrazione straordinaria) è stato tradizionalmente elevato a procedura dal carattere universale ed unitario; tuttavia, l'eventuale transnazionalità della procedura conduce inevitabilmente all'attenuazione del principio di universalità in favore di quello di territorialità, e ciò in ragione dell'esercizio in sede processuale dell'esecuzione forzata sui beni dell'impresa insolvente che siano collocati all'estero.

Il problema della crisi transfrontaliera è stato specificamente affrontato a livello comunitario e - su iniziativa della Repubblica Federale di Germania e della Finlandia - attraverso l'adozione del Regolamento CE n. 1346/2000 sull'insolvenza transfrontaliera

¹⁷ R. PAPPALARDO, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Diritto fallimentare e società commerciali*, n. 5, 2004, 1100.

che si caratterizza come un valido punto di equilibrio tra le esigenze della universalità e quelle della territorialità.

Invero, si è significativamente rilevato che il Regolamento, nelle sue fondamenta, si ispira al principio di “universalità limitata o attenuata”¹⁸, con lo scopo di mettere da parte la tradizionale contrapposizione ideologica tra i principi ispiratori delle discipline fallimentari, *i.e.* universalità e territorialità¹⁹.

In particolare, obiettivo fondamentale del Regolamento era quello di porre un freno al sempre più diffuso fenomeno (agevolato dall’assenza di una disciplina specifica) di provvedere al “trasferimento” di beni o di procedimenti giudiziari da un paese all’altro dell’UE al fine di beneficiare del regime giuridico più favorevole al debitore, a danno dei creditori (c.d. “*forum shopping*”)²⁰.

Pertanto, al fine di contemperare le richiamate esigenze, dall’applicazione del Regolamento non discende l’apertura di un’unica procedura “comunitaria” di insolvenza bensì la previsione per cui all’apertura di una procedura di insolvenza “principale” possa seguire l’apertura di ulteriori procedure “secondarie”.

Più precisamente, la procedura “principale” sarà instaurata nel luogo in cui è situato il centro degli interessi principali del debitore (c.d. *COMI*, *centre of main interests*): esso, per le società e le persone giuridiche coincide con il luogo in cui si trova la sede statutaria purchè all’interno del territorio UE.

Conseguentemente (i) gli atti compiuti in osservanza della legge dello Stato in cui è aperta la procedura principale riceveranno automatico riconoscimento negli altri Stati UE; (ii) potrà essere aperta una procedura secondaria d’insolvenza (o più procedure) nello Stato membro in cui il debitore abbia una c.d. “dipendenza”, ovvero dove egli eserciti in maniera non transitoria un’attività economica con risorse umane e beni materiali.

¹⁸ G. BONGIORNO, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, n. 2, 640.

¹⁹ Sul tema v. G. BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1974, I, 261. Sulla soluzione di compromesso accolta dal Regolamento si v. G. BONGIORNO, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2003, n. 2, 640; DI MAJO, *Linee generali di coordinamento tra le procedure concorsuali in Italia ed in Europa*, in *Dir. Fall.*, 2003, n. 2, 597; PUNZI, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell’Unione Europea*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 1035; C. CARRARA, *Il caso Centros Ltd. V. Erhvervs-Og Selskabsstyrelsen e il criterio di collegamento internazionaleprivatistico della sede effettiva*, in *Dir. Fall.*, 2001, 508 ss.; L. FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 687.

²⁰ Sul punto v. D. U. SANTOSUOSSO, *L’insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, fasc. 2, 665.

Tuttavia, sebbene il Regolamento abbia individuato i criteri di competenza giurisdizionale per l'apertura delle procedure di insolvenza, non sempre la relativa applicazione da parte dei giudici nazionali ha condotto a risultati uniformi, come ad esempio è avvenuto nel noto caso di insolvenza transfrontaliera *Eurofood*, controllata irlandese di Parmalat S.p.A., società assoggettata alla procedura di amministrazione straordinaria rinnovata con la *legge Marzano* (su cui *infra*).

7. Particolarmente rilevante in materia di insolvenza delle imprese e dei gruppi, in considerazione delle potenziali conseguenze negative sull'intero sistema economico, è la crisi dell'impresa bancaria, specie in considerazione della fondamentale funzione di tutela del risparmio e di esercizio del credito sul mercato da essa svolta.

Invero, come sopra anticipato, il ruolo ed il coinvolgimento del sistema bancario nella crisi della grande impresa risulta essere estremamente pregnante, tanto che già nella *legge Prodi*, al di là della primaria ottica di “conservazione” e “risanamento” delle grandi imprese in crisi, si annidava una più profonda finalità di tutela, di stampo “preventivo”: “evitare che il dissesto delle grandi industrie provocasse una crisi delle grandi banche”²¹.

A maggior ragione, gli effetti della crisi possono essere ancor più significativi laddove essa riguardi direttamente l'impresa bancaria; infatti, abbiamo già osservato che gli interessi “pubblici” tradizionalmente connessi alla crisi della grande impresa, considerati “preminenti” dalla Corte Costituzionale²², sono ancor più sentiti nell'ipotesi in cui la crisi riguardi un'impresa bancaria, e possa quindi minare la stabilità del relativo sistema (o, come nella recente crisi finanziaria potenzialmente produrre un effetto

²¹ In tal senso M. VALIGNANI, *La crisi della grande impresa: l'evoluzione dell'amministrazione straordinaria*, in *Impresa*, 2005, 1742 e ss.: “Occorreva anche evitare un altro e forse ancor più grave pericolo, che pochi allora e in seguito hanno percepito: che il dissesto delle grandi industrie provocasse una crisi delle grandi banche. Queste erano esposte per crediti ingentissimi: se ne fosse emersa subito la quasi totale irrecuperabilità, la stabilità di qualcuna di queste banche sarebbe stata compromessa. La circostanza che le imprese debtrici, in base alla nuova procedura, continuassero l'attività in una prospettiva di possibile risanamento fornì per alcuni anni alla Banca d'Italia il pretesto per consentire di mantenere in bonis le relative esposizioni e, alle banche, la possibilità di evidenziare in bilancio e di assorbire le inevitabili perdite nell'arco di alcuni esercizi”.

²² Cfr., per tutte, Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, edita in più riviste, fra cui in *Fallimento*, 2011, n. 2, 153 ss., con nota di FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio*; in *Giur. cost.*, 2010, n. 4, 3296 ss., con nota di LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*; in *Riv. dir. comm.*, 2011, n. 2, 217 ss., con nota di SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*; in *Foro it.*, 2010, n. 11, 2913 ss., con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *L'incompiuta ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*.

“sistemico”²³ alla cui prevenzione e contenimento sono stati orientati gli interventi della Commissione Europea²⁴).

Invero, accanto a fenomeni di crisi che potremmo definire “fisiologica”, la quale interessa solo alcune imprese (e che viene gestita con gli appositi strumenti di diritto speciale, improntati alla garanzia dei risparmiatori), non può essere escluso – come noto - l’intervento di fenomeni di crisi c.d. “sistemica”, generata da fattori endogeni, legati alla gestione dell’impresa, e/o esogeni, originati da fluttuazioni negative ed imprevedibili del mercato²⁵: posto che - differentemente (o in misura diversa) da un’impresa commerciale di diritto comune - nel settore bancario (e nei mercati finanziari in generale) la “fiducia” di risparmiatori ed investitori assume un ruolo determinante per il “successo” e la stabilità dell’attività di impresa, già la sola crisi di liquidità (piuttosto che l’insolvenza) potrebbe alterare il predetto rapporto fiduciario fra la banca ed il mercato e condurre più facilmente (e rapidamente) alla crisi, anche sistemica²⁶.

²³ Sul punto v. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2010, n. 3, 379 ss. e spec. 382 ove osserva che “il settore finanziario e in specie quello degli intermediari finanziari, è dalla Commissione considerato strategico, poiché è volto ad alimentare i flussi delle risorse che affluiscono a tutti i settori dell’economia. La crisi finanziaria mondiale, se per un verso presenta “problemi specifici” legati al mercato creditizio dei mutui ipotecari e alle perdite dovute strategie eccessivamente rischiose adottate dalle banche, per altro verso solleva “problemi sistemici” collegati all’inaridimento del prestito interbancario, alla crisi di liquidità, al rischio di propagazione all’economia reale e insomma alla “erosione generale della fiducia” nel sistema bancario e finanziario nel suo complesso, problemi che esigono allora interventi pubblici per ripristinare stabilità e corretto funzionamento di quel settore quale nodo essenziale delle economie nazionali e dell’economia mondiale”.

²⁴ Attraverso i quali è stata autorizzata la concessione di aiuti di Stato in base alla clausola dell’(ex)art. 87, par. 3, lett. b) del Trattato CE, in quanto “destinati [...] a porre rimedio a un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro”. Cfr. a tal proposito le Comunicazioni della Commissione Europea, inerenti il *sistema finanziario*, del 13 ottobre 2008 (Comunicazione CE n. 2008/C 270/02 – “L’applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria mondiale”); del 5 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 10/03 – “La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza”); del 25 febbraio 2009 (Comunicazione CE n. 2009/C 72/01 – “concernente il trattamento degli attivi svalutati nel settore bancario della Comunità”); del 19 agosto 2009 (Comunicazione CE n. 2009/C 195/04 - sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell’attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato). Con più generale riguardo all’economia reale, cfr. invece la Comunicazione della Commissione Europea del 17 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 16/01 – “Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”), parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 (che “modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”): il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1.

²⁵ V. G. BOCCUZZI, *La crisi dell’impresa bancaria*, Milano, 1998, 35 ss.

²⁶ Sul tema v. R. MASERA, *The Great Financial Crisis. Economics, Regulation and Risk*, Bancaria Editrice, 2009; G. GABBI, *Crisi finanziarie, percezione del rischio e comportamento dei risparmiatori*, in

Allo scopo quindi di evitare i fenomeni degenerativi di cui sopra, si ritiene essere di fondamentale importanza, in primo luogo, l'azione preventiva di vigilanza e monitoraggio sui possibili fattori della crisi, azione in primo luogo di appannaggio degli organi di amministrazione e controllo della banca che per il relativo ruolo sono competenti a conoscere (in anticipo) gli elementi sintomatici e la portata della crisi eventualmente destinata ad emergere²⁷.

In secondo luogo (ma in una prospettiva di stretta correlazione), viene comunemente considerata altrettanto significativa l'attività svolta dall'Autorità di vigilanza sul settore bancario (analogamente a quella esercitata dalla Consob sul mercato finanziario) che dispone di penetranti poteri ispettivi ed informativi, da esercitare con cadenza periodica nonché in forza delle segnalazioni eventualmente ricevute dagli organi interni della banca.

Invero, tenuto conto della portata potenzialmente "sistemica" della crisi bancaria si ritiene di fondamentale importanza che la tutela dell'Autorità di Vigilanza sia garantita in via preventiva, diversamente da quanto accade per le imprese commerciali, esercitando i propri poteri di intervento già in presenza di irregolarità che pur non diano luogo ad una situazione di insolvenza²⁸.

A tal proposito, va rilevato che la crisi economico-finanziaria globale iniziata nel 2008 e le cui radici – secondo la gran parte degli economisti – sono da rinvenire proprio nel settore finanziario, ha, fra l'altro, fornito evidenza delle inefficienze del sistema di vigilanza bancaria in ambito comunitario e generato un dibattito sull'individuazione di nuove soluzioni di gestione e risoluzione della crisi bancaria.

Fra le iniziative adottate nel contesto della crisi internazionale si segnala, in particolare, l'istituzione, con il Regolamento 1093/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, della Autorità di vigilanza europea, precisamente la Autorità Bancaria Europea (*European Banking Authority*).

Nel primo considerando del richiamato Regolamento si precisa che «la crisi finanziaria del 2007 e del 2008 ha evidenziato una serie di lacune nella vigilanza finanziaria, sia in casi specifici sia in relazione al sistema finanziario nel suo complesso.

AA.VV. (a cura di RUOZI), *Le crisi bancarie*, Milano, 1995, 120 C. CACCIAMANI, *Identificazione e determinanti delle crisi bancarie*, in AA.VV. (a cura di RUOZI), *Le crisi bancarie*, Milano, 1995, 16.

²⁷ G. BOCCUZZI - R. CERCONE, *Tutela dei creditori e riallocazione dell'impresa nella normativa fallimentare, Banca d'Italia*, in *Temi di discussione* n. 204, luglio 2003; G. BOCCUZZI, *Quaderni di ricerca giuridica, Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*, n. 71, ottobre 2011, 16.

²⁸ V. sul punto, *inter alia*, S. ZORZOLI, *Le soluzioni esogene alle crisi bancarie*, in AA.VV. (a cura di RUOZI), *Le crisi bancarie*, Milano, 1995, 192 ss; A. M. TARANTOLA RONCHI, *La vigilanza sulle banche e sui gruppi bancari*, Bologna, 1996, 289.

I modelli di vigilanza nazionali non sono riusciti a stare al passo con la globalizzazione finanziaria e la realtà integrata e interconnessa dei mercati finanziari europei, nei quali numerosi istituti finanziari operano a livello transnazionale. La crisi ha evidenziato gravi lacune in materia di cooperazione, coordinamento, applicazione uniforme del diritto dell'Unione e fiducia tra le autorità nazionali di vigilanza».

8. Altresì, in tale contesto, ed al fine di perseguire lo scopo del presente lavoro [i.e. individuare il miglior “bilanciamento” fra interessi sopranazionali (e nazionali) di tutela della concorrenza ed interessi nazionali - e, nell'ipotesi di gruppi di imprese, spesso internazionali - alla salvaguardia di grandi imprese dalla rilevanza strategica per l'economia nazionale], nuovi spunti di riflessione sono offerti dai recenti interventi comunitari²⁹ e statali volti a preservare la stabilità del sistema bancario attraverso deroghe alla disciplina degli aiuti di Stato giustificate dalla crisi economica internazionale (i c.d. Tremonti bonds nel nostro ordinamento, ma si pensi anche alle forme di aiuto introdotte nell'ordinamento statunitense ed in altri ordinamenti europei).

Si è infatti opportunamente rilevato che “la consapevolezza delle ricadute sistemiche della crisi del settore bancario ha spinto l'esecutivo comunitario ad abbandonare l'approccio consueto, fondato sull'applicazione della deroga settoriale *ex* attuale art. 107, paragrafo 3, lett. c), TFUE per adottare la ben più eccezionale deroga dell'attuale art. 107, paragrafo 3, lett. b). Ciò che ora appare chiaro e che preme sottolineare è che tale mutamento di base giuridica e tale modifica dell'atteggiamento della Commissione rispetto agli aiuti di Stato alle banche poggiano indiscutibilmente sulla messa a fuoco del «comune interesse» nell'attuazione della politica di concorrenza e sull'esigenza che il suo perseguimento sia il più possibile coerente con la più generale realizzazione del mercato interno in cui un ruolo fondamentale è, ovviamente, riconosciuto al settore delle banche e dei servizi finanziari”³⁰.

Va ricordato infatti come l'attività bancaria ha carattere d'impresa ma è al tempo stesso attività preordinata a garantire la tutela del pubblico risparmio³¹, motivo per cui gli interessi pubblici in questo settore assumono una portata ancor più significativa:

²⁹ Cfr. le già citate Comunicazioni della Commissione Europea, inerenti il *sistema finanziario*, del 13 ottobre 2008 (Comunicazione CE n. 2008/C 270/02 – “L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale”); del 5 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 10/03 – “La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza”); del 25 febbraio 2009 (Comunicazione CE n. 2009/C 72/01 – “concernente il trattamento degli attivi svalutati nel settore bancario della Comunità”).

³⁰ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, Milano, 2010, 210.

³¹ Così A. M. CAROZZI, *Strumenti e procedure di risoluzione delle crisi bancarie*, in http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/banca/Carozzi_crisi.pdf

infatti, come è stato autorevolmente sostenuto, “la libertà di iniziativa economica dell’imprenditore bancario si trova in continua dialettica con l’esigenza, costituzionale, di tutelare il singolo depositante – risparmiatore”³².

9. In conclusione, tenuto conto dell’assoluta rilevanza degli interessi pubblici in gioco, di cui si è cercato di fornire una rapida panoramica – e, in particolare, di quelli che sono stati definiti dalla Corte Costituzionale nel caso Alitalia come “preminenti interessi generali”, quali “evitare la dissoluzione di un’impresa di rilevanti dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell’economia nazionale”³³ - ci si propone quindi di valutare se, ed eventualmente a quali condizioni, il contemperamento fra i predetti interessi e l’esigenza di tutela della concorrenza (a livello nazionale e, soprattutto, comunitario) possa risolversi – in talune circostanze e nell’ambito dell’amministrazione straordinaria - a favore dei primi.

Valutazione che va – come più sopra rilevato - necessariamente attualizzata nel contesto della crisi globale che ha condotto la Commissione Europea (specie nel settore finanziario) ad adottare, rispetto al divieto di concedere aiuti di stato – la cui potenziale violazione ha sempre costituito il “tallone d’Achille” della procedura di amministrazione straordinaria -, un approccio più “morbido”³⁴, che rende lecito interrogarsi sull’eventuale (più agevole) ammissibilità di misure derogatorie su base nazionale³⁵.

³² Così A. M. CAROZZI, *Strumenti e procedure di risoluzione delle crisi bancarie*, in http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/banca/Carozzi_crisi.pdf rinviando a FORTUNATO, *La liquidazione coatta delle banche dopo il testo unico: lineamenti generali e finalità*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell’impresa bancario*, Vol. III, *La gestione delle crisi bancarie*, a cura di Morera e Nuzzo, Milano, 1996, pp. 31 ss.

³³ Cfr. Corte Cost. 22 luglio 2010, n. 270, cit.

³⁴ Cfr. Comunicazione 26 novembre 2008 COM (2008) 800; Comunicazione 2008/C 270/02; Comunicazione 2009/C 10/03; Comunicazione 2009/C 83/01; Comunicazione 2009/C 16/01. Sul punto v. altresì MEO, *Aiuti di Stato e forme di risanamento d’impresa compatibili*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 50, ove osserva che “gli interventi straordinari, che pur hanno finalità anticrisi, agiscono sui sistemi considerati nel loro complesso, con *norme di aiuto più generose* da applicare in via generalizzata a tutte le imprese di ciascuno Stato membro (così la Comunicazione n. 2009/C 83/01)” (corsivo aggiunto).

³⁵ *Contra* FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l’utilità sociale del salvataggio*, cit., 159, che rileva: “Gli interventi della Commissione europea attuati con le comunicazioni alle quali si è fatto sopra riferimento ad una più approfondita valutazione si mostrano non già come manifestazione di un atteggiamento più lassista della Commissione bensì si segnalano come evidenze di lungimiranza della Commissione in un’ottica di protezione del mercato europeo. Tali comunicazioni infatti, in concreto, hanno prodotto l’effetto, positivo per il mercato europeo, di attenuare, attraverso autorizzazioni preventive, gli effetti negativi determinati da interventi nazionali estemporanei, inserendo gli stessi in un contesto organico generale, che attenua effetti negativi a catena in ambito economico ed imprenditoriale nell’ambito del settore in cui gli stessi sono realizzati. Le comunicazioni sopra richiamate, all’opposto, evidenziano che le azioni politiche che si concretizzano in aiuti di Stato, in quanto non coordinate in ambito europeo e non articolate nel rispetto di regole precise e generalmente applicabili sono sempre potenzialmente incompatibili con il mercato europeo”.

Ma più ancora, ed in generale, valutazione che va condotta alla luce del *rafforzamento della dimensione sociale europea a scapito della concorrenza* che “non figura più fra i fini dell’Unione, ma solo come strumento dell’azione comunitaria”³⁶.

Invero, con il recente Trattato di Lisbona, si è osservato che l’ordinamento “comunitario” risulta più consistentemente permeato di finalità sociali (quali la più pregnante salvaguardia dei valori della coesione economica e sociale, di uguaglianza, solidarietà, occupazione, salute, e tutela dell’ambiente e dei servizi pubblici) che hanno invece sempre costituito parte integrante del tessuto costituzionale italiano: ci si è così diretti “verso un’osmosi reciproca fra i due sistemi, con l’emergere di un assetto costituzionale convergente, ispirato ai dettami di un’economia sociale di mercato”³⁷ (secondo il linguaggio recepito a Lisbona), che contempera valori di mercato e fini sociali”³⁸.

10. Tenuto conto di tali profili d’indagine, nell’ultimo capitolo del presente lavoro si giungerà pertanto a formulare alcune considerazioni conclusive sugli esiti della nostra analisi, e quindi sulla tenuta della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, e dei relativi «preminenti interessi generali», costituzionalmente garantiti, di fronte alle istanze di «tutela della concorrenza» che vengono ad emergenza tanto sul piano costituzionale “interno” quanto sul piano “comunitario”, con particolare riferimento alla verifica di compatibilità con la disciplina sugli aiuti di Stato.

³⁶ Così TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 8; ma v. *amplius*, LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 191 ss.; ID., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit., 3296 ss.

³⁷ Su cui v., per tutti, MICCÙ, *L’economia sociale di mercato come nuovo “principio-speranza”? : diritti fondamentali e politiche sociali in un sistema costituzionale ‘multilivello’*, in Atripaldi-Miccù-Pernice, Napoli, 2004, *passim* e, da ultimo, ID., *Economia e Costituzione. La costituzione economica nell’ordinamento composito europeo*, Torino, 2011, *passim*.

³⁸ TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 11. In senso conforme, SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l’Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 17.

CAPITOLO I

La “tutela della concorrenza” nel diritto dell’Unione Europea e nell’ordinamento costituzionale italiano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’evoluzione della tutela della concorrenza nel diritto UE. Il rafforzamento della dimensione sociale europea. – 2.1. (*Segue*). Rifiuto di posizioni liberistiche estreme e di interventi dirigistici. Sviluppo sostenibile basato su di una «economia sociale di mercato fortemente competitiva». – 3. La tutela della concorrenza nell’ordinamento costituzionale italiano. La riforma del Titolo V e l’espressa inclusione della «tutela della concorrenza» fra le materie riservate alla competenza esclusiva statale. – 3.1. (*Segue*). L’art. 41 Cost. La libertà di concorrenza come “naturale espressione dello svolgimento della libertà di iniziativa economica”. Il parametro della “concorrenza effettiva”. – 3.2. (*Segue*). L’«utilità sociale» ex art. 41 Cost., co. 2, come *limite alla libertà di iniziativa economica*: l’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale. 3.2.1. (*Segue*). L’«utilità sociale» ex art. 41 Cost., co. 2, come *limite alla concorrenza*: l’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale. – 4. L’art. 41 Cost. alla prova della crisi economico-finanziaria. Breve indagine sul riferimento alla “crisi” nelle decisioni della giurisprudenza costituzionale: l’origine. – 5. (*Segue*). Il riferimento alla recente crisi economico-finanziaria internazionale nelle decisioni della Consulta. La sentenza n. 270/2010. I «preminenti interessi generali», attinenti alla sfera economica, come limite alla concorrenza.

1. Premessa.

La verifica circa la compatibilità fra la disciplina “comunitaria” sugli aiuti di Stato e la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, nel contesto della crisi finanziaria e dell’economia reale globale, ci impone di analizzare preliminarmente gli obiettivi di tutela della concorrenza che informano il diritto dell’Unione Europea - tenendo conto dell’evoluzione degli stessi dal Trattato di Maastricht (1992) al Trattato di Lisbona (2007) – e che interessano l’ordinamento italiano, anche a livello costituzionale.

Tale analisi è da reputarsi opportuna nell’ottica di (tentare di) fissare il punto di equilibrio fra (i) i valori – più propriamente “di mercato” - che presiedono alla tutela della concorrenza, la quale è stata indubitabilmente tra gli obiettivi fondamentali della Comunità Europea sin dalla sua origine³⁹, mentre solo più recentemente dell’ordinamento italiano⁴⁰ (ii) ed i fini “sociali” che, al contrario, hanno sempre

³⁹ Cfr., per tutti, MONTI, *Ec Competition Law*, Cambridge-New York, 2007 e PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007.

⁴⁰ V. sul punto AMATO, *La legge antitrust venti anni dopo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 923 ss. ove osserva: “La disciplina antitrust, con le sue esili radici nazionali, era fondamentalmente uno dei tanti

permeato il nostro tessuto costituzionale e che invece (almeno all'apparenza) solo più recentemente hanno acquisito una portata maggiormente significativa nel diritto dell'Unione Europea⁴¹.

2. L'evoluzione della tutela della concorrenza nel diritto UE. Il rafforzamento della dimensione sociale europea.

Le finalità ultime che il diritto europeo della concorrenza ha inteso perseguire, sin dalla sua nascita, sono state tradizionalmente identificate: (i) nella creazione di un *mercato unico*; (ii) nella avversione rispetto alle imposizioni del potere economico privato, con l'obiettivo di salvaguardare la *libertà economica delle imprese*; (iii) nel *benessere del consumatore*⁴².

Si è rilevato che, ad oggi, “il peso relativo di questi fini si è spostato dal primo al terzo”⁴³.

L'evoluzione sotto il profilo teleologico si riflette nell'evoluzione normativa.

Invero, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona le disposizioni di principio che, nel Trattato CE⁴⁴, afferivano alla tutela della concorrenza possono individuarsi⁴⁵:

- (i) nell'art. 2, per cui «la Comunità ha il compito di promuovere [...] un *alto grado di competitività*»;

adeguamenti interni a novità maturate nel contesto europeo sulla base di una cultura che non era ancora la nostra. Conseguentemente la sua applicazione non poggiava su concezioni e principi già solidi e condivisi, ma serviva a formarli”.

⁴¹ Cfr. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 8-9; LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 191 ss.; ID., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit., 3296 ss.; nonché SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l'Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, cit., 17 ss.

⁴² Così MONTI, *Ec Competition Law*, cit., cap II e *passim*. V. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 218, che aggiunge: “Questa ricostruzione può essere condivisa, con un'aggiunta importante, che riguarda la progressiva espansione dell'ambito applicativo delle norme di concorrenza al fine di limitare l'autonomia legislativa e amministrativa dei singoli Stati membri”.

⁴³ LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 218, che prosegue: “Oggi può dirsi che gli obiettivi di efficienza economica (in prospettiva di *consumer welfare*) siano divenuti centrali e gli altri obiettivi accessori, ancorché non abbandonati”. Sul punto v. altresì, a vario titolo, BENTIVOGLI-TRENTO, *Economia e politica della concorrenza*, Roma, 1995, 43 ss.; BONASSIES, *Les fondaments de droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence moyen*, in *études dédiées à Alex Weill*, Paris, 1983, 51 ss.; LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruxelles, 2007, 281 ss.

⁴⁴ Reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_IT.pdf.

⁴⁵ La ricostruzione è offerta da LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 192 che rinvia a MUSSO, voce *La disciplina della concorrenza nella costituzione per l'Europa*, in *Studi in onore di Gerhard Schricker*, Milano, 2005, 435 ss.

(ii) nell'art. 3, co. 1, lett. t), per cui «ai fini enunciati all'articolo 2, l'azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato [...] un *contributo al rafforzamento della protezione dei consumatori*»;

(iii) nell'art. 4, co. 1, per cui «ai fini enunciati all'articolo 2, l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato, l'*adozione di una politica economica* che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, *condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*».

Alle richiamate disposizioni di principio si aggiungevano (dal divieto di intese sino al controllo sugli aiuti di Stato) le specifiche norme dedicate alla regolazione della materia di cui agli artt. 81-93⁴⁶ (oggi 101-113 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, semplicemente rinumerati con il Trattato di Lisbona).

Il contesto normativo sopra esaminato muta in maniera significativa con l'avvento del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009⁴⁷.

In primis, al nuovo co. 3 dell'art. 3 del TUE⁴⁸ si legge: «l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo *sviluppo sostenibile* dell'Europa, *basato* su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, *su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*, che *mira alla piena occupazione e al progresso sociale*, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

Scompare quindi il riferimento alla «*concorrenza non falsata*» come fondamentale obiettivo dell'Unione Europea⁴⁹.

L'eliminazione della concorrenza fra gli obiettivi del Trattato - «chiesta ed ottenuta dalla Francia, sulla base dell'assunto per cui *la concorrenza non può essere considerata un valore in sé, ma dev'essere tutelata solo se ed in quanto costituisca uno strumento utile per ottenere risultati socialmente utili*»⁵⁰, corsivo aggiunto – può essere considerata diretta conseguenza del mutamento di fisionomia dell'ordinamento europeo,

⁴⁶ Da interpretarsi in ossequio alle norme di principio sopra descritte, secondo C. giust. CE 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage e Continental Can.

⁴⁷ Per la consultazione delle versioni consolidate del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dei loro protocolli e allegati, quali risultano a seguito delle modifiche introdotte dal trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 a Lisbona ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, v. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/08/st06/st06655-re07.it08.pdf>.

⁴⁸ Trattato sull'Unione Europea.

⁴⁹ Così LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 192.

⁵⁰ Così LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 193.

ora più vicino ai valori costituzionali propri dei primari Stati membri⁵¹ e caratterizzato pertanto da una politica (più) attiva in ambito sociale, in senso ampio⁵²: tuttavia, ciò non comporta la totale rinneazione della tutela della concorrenza fra i principi generali del diritto dell'Unione Europea, come confermato da talune disposizioni fondamentali⁵³.

In particolare, il riferimento va agli artt. 119 e 120 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea⁵⁴ ove si precisa: (i) «Ai fini enunciati all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea [fra i quali quello di adoperarsi per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva»], l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una *politica economica* che è fondata sullo stretto coordinamento

⁵¹ Sulle problematiche relative alla (in)conciliabilità fra la Costituzione italiana (con particolare riferimento all'art. 41 Cost.) ed il modello di economia di mercato accolto nel Trattato di Roma del 1957, in termini di "antinomia di decisioni di sistema, v. IRTI, *Diritto e mercato*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, p. XVIII; sul punto cfr. anche AZZARITI, *ivi*, che pone in evidenza la specialità delle costituzioni del secondo dopoguerra, animate dal "tentativo di assoggettare ad esse l'economia e il suo ordinato sviluppo" e di "rendere governabile e compatibile lo sviluppo economico con un ordine sociale giusto". Osserva altresì ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, a cura di Francesca Angelini e Marco Benvenuti, Napoli, 2012, 141, rinviando a NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994, 42-43, che "la dottrina ha evidenziato, proprio in relazione alla disciplina antitrust, l'inconciliabilità fra l'ordinamento comunitario, di stampo efficientista, teso alla protezione del mercato come «valore oggettivamente inteso» e finalizzato ad obiettivi quali la crescita economica complessiva, e l'ordinamento costituzionale, orientato alla tutela dei diritti fondamentali e in cui la disciplina economica è funzionalizzata agli interessi generali".

⁵² V. anche, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la nota sentenza CGCE, 9 settembre 2004, C-184/02 e C 223/02, regno di Spagna e Repubblica della Finlandia c. Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea, nella quale la libertà di iniziativa economica privata è stata oggetto di bilanciamento non con esigenze di efficienza del sistema economico nel suo complesso bensì con esigenze di tutela della sicurezza pubblica. Significativo, nella stessa direzione, anche il processo che condusse al concepimento del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa: in argomento v. a vario titolo, MICCÙ, *L'omogeneità come principio 'ordinatore' del processo costituzionale europeo*, in *Diritto e Cultura*, 2, 27-70, 2001; ID., *Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in V. Atripaldi e R. Miccù (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea*, Padova, 2003; ID., *The Economic Governance in the Constitution for Europe*, in I. Pernice/M. P. Maduro, *A Constitution for the European Union: First Comments on the 2003-Draft of the European Convention*, Nomos, Baden-Baden, 2003; ATRIPALDI-MICCÙ, *La costituzione europea 'multilivello' tra garanzie di omogeneità e identità plurali*, in R. Miccù-I. Pernice, *The European Constitution in the Making*, Nomos, Baden-Baden, 2004; MICCÙ, *The Economic Governance in the Constitution for Europe*, in I. Pernice/M. P. Maduro, *A Constitution for the European Union: First Comments on the 2003-Draft of the European Convention*, Nomos, Baden-Baden, 2004; ID. (a cura di), *Il Trattato di Roma 2004 e la Costituzione composita dell'Europa. Analisi e prospettive di ratifica*, in *ForoEuropa*, novembre 2004; ID., *Dimensioni dell'identità costituzionale europea e recesso dall'Unione*, in M. A. Garcia Herrera (a cura di), *XXV Anniversario de la Constitution Española*, Madrid (paper), 2004; ID., *Modello sociale e governance economica nel Trattato costituzionale europeo: prime note*, in R. Cagiano de Azevedo, *European Welfare*, Roma, Edizioni Kappa, 2004; ID., *Il costituzionalismo europeo e la sfida delle identità costituzionali nazionali*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, Jovene, 2010.

⁵³ Il che ha condotto alcuni autori a ritenere che il diritto europeo della concorrenza non abbia subito alterazioni con l'avvento del Trattato di Lisbona: in tal senso v., fra gli altri, BEHRENS, *Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, 193; DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, 81 ss.

⁵⁴ Reperibile all'indirizzo <http://eurlex.europa.eu>.

delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, *condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*» (art. 119); (ii) «Gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei *principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*, favorendo un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119» (art. 120).

Da non trascurare, altresì, il Protocollo n. 2755 allegato ai trattati nel cui considerando si legge: «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del trattato sull'Unione Europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata»⁵⁶, nonchè, infine, l'art. 16 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea⁵⁷ ove «è riconosciuta la *libertà d'impresa*, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

2.1. (Segue). Rifiuto di posizioni liberistiche estreme e di interventi dirigistici. Sviluppo sostenibile basato su di una «economia sociale di mercato fortemente competitiva».

Così sintetizzato il percorso evolutivo del diritto europeo della concorrenza, se, da un lato, non può ritenersi che la tutela della concorrenza non rappresenti più in assoluto uno dei principi cardine dell'ordinamento europeo (alla luce delle disposizioni dianzi citate), dall'altro lato è parimenti evidente – come sostenuto dalla maggioranza degli interpreti – che il venir meno del riferimento alla concorrenza all'art. 3 del Trattato UE, frutto di una precisa scelta di politica legislativa, non possa non produrre conseguenze di un certo rilievo sotto il profilo ermeneutico⁵⁸.

Secondo autorevole dottrina⁵⁹, al cui pensiero qui si intende aderire, la soppressione del riferimento alla concorrenza nell'art. 3 del Trattato deve essere

⁵⁵ Reperibile all'indirizzo <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/st06655.it08.pdf>.

⁵⁶ Considerato “quasi come contrappeso politico alla soppressione del riferimento alla concorrenza nell'art. 3 del Trattato UE” da LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 193.

⁵⁷ Reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf.

⁵⁸ Cfr., *inter alia*, BASEDOW, *Das Sozialmodell von Lissabon: Solidarität statt Wettbewerb?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, 255; BAZEX, *Les nouvelles orientations envisagées par le projet du Traité de Lisbonne*, in *Contrats – Concurrence – Consommation*, 2007, 22 ss.; BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 34; PETIT, *Traité de Lisbonne et politique du concurrence – Rupture?*, in *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2008, 265 ss.

⁵⁹ LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 194, che pur condividendo in linea di principio la necessità di considerare la scelta legislativa di cui sopra come foriera di (inevitabili) ricadute interpretative, pone un

piuttosto letta come un “rifiuto di posizioni liberistiche estreme” (per le quali l’intervento dello Stato dovrebbe limitarsi esclusivamente a poche funzioni pubbliche, come la difesa militare e la repressione dei reati penali più gravi), senza che ciò comporti l’implicita legittimazione di qualsivoglia intervento di tipo dirigistico (specie quegli interventi dei poteri pubblici finalizzati alla tutela di imprese già consolidate sul mercato, a danno di altre): la sintesi di tale chiave di lettura sarebbe da rinvenire nel riferimento esplicito alla volontà di conseguire uno sviluppo sostenibile dell’Europa fondato, *inter alia*, su di «un’*economia sociale di mercato fortemente competitiva*».

Invero, “la teoria dell’economia sociale di mercato⁶⁰ critica [...] il *liberismo estremo*, ritenendo che i mercati, se lasciati all’autoregolazione spontanea, portino alla formazione e al consolidamento di posizioni di potere privato (cartelli e monopoli); e, per altro verso, ritiene che lo Stato debba assumersi tutta una serie di compiti che i mercati non sono in grado di assolvere da soli (produzione e tutela di beni pubblici [...], fornitura di servizi pubblici essenziali, stabilità monetaria ecc.). Peraltro, la teoria dell’economia sociale di mercato ha una posizione netta non solo nel rifiutare il liberismo estremo, bensì anche nel rifiutare il *dirigismo economico*, cioè quell’orientamento di pensiero che riconosce al soggetto pubblico un potere di direzione pervasiva dei processi economici, nonché la facoltà di intervenire direttamente in tali processi con imprese di sua proprietà” (corsivo aggiunto)⁶¹.

Alla luce di tutto quanto sopra, la tutela della concorrenza, nell’attuale ordinamento europeo, deve essere sistematicamente inquadrata nell’assetto economico proprio della teoria dell’*economia sociale di mercato*, richiamata all’art. 3 del Trattato sull’Unione Europea⁶².

significativo interrogativo preliminare: “quando mai la concorrenza è stata considerata un “valore in sé”, e non piuttosto un mezzo per ottenere risultati di benessere collettivo?”, rinviando a BRUZZONE-PROSPERETTI, *Market Integration and Competition Policy: The Challenges Ahead*, in *The European Union in the 21st Century. Perspectives from the Lisbon Treaty*, a cura di Micossi e Tosato, Brussels, 2009, 77.

⁶⁰ Su cui v., più di recente, VOGEL, *Die Soziale Marktwirtschaft als Leithild für die Wirtschaftspolitik*, Hamburg, 2008; *60 Years Social Market Economy – Jena Manifesto for the Renewal of the Social Market Economy*, a cura di Konrad, Adenauer e Stiftung, Berlin, 2008; *The Social Market Economy in a Globalized World* (Congress Document adopted by the EPP Statutory Congress – Bonn, 9-10 December 2009); nonché FELICE, *L’economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008, e MICCÙ, *L’economia sociale di mercato come nuovo “principio-speranza”? : diritti fondamentali e politiche sociali in un sistema costituzionale ‘multilivello’*, cit.

⁶¹ LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 195.

⁶² LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 195.

3. La tutela della concorrenza nell'ordinamento costituzionale italiano. La riforma del Titolo V e l'espressa inclusione della «tutela della concorrenza» fra le materie riservate alla competenza esclusiva statale.

La «tutela della concorrenza» diviene oggetto di un'espressa disposizione costituzionale (art. 117⁶³, co. 2, lett. e) per la prima volta nel 2001, attraverso la riforma attuata con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3⁶⁴: la materia *de qua* è affidata alla potestà legislativa esclusiva.

Sul punto la Corte Costituzionale, con la fondamentale sentenza del 13 gennaio 2004, n. 14⁶⁵, ha precisato che “la tutela della concorrenza non deve essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in senso dinamico, quale fondamento di misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali. Peraltro, proprio l'inclusione di questa competenza statale nella lett. e) dell'art. 117 comma 2 cost., evidenzia l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti che esprimono un carattere unitario e che giustificano l'intervento statale per la sua rilevanza macroeconomica, sicché solo in tale quadro è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare sia specifiche misure di rilevante entità, sia regimi di aiuto ammessi dall'ordinamento comunitario (fra i quali gli aiuti "de minimis"), purché siano in ogni caso idonei, quanto ad accessibilità a tutti gli operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull'equilibrio economico generale; appartengono, invece, alla competenza legislativa concorrente o residuale delle regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale, tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni e da non limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale”⁶⁶.

⁶³ Per il cui commento si rinvia, per tutti, ad ANTONINI, *sub* 117, co. 2, 3 e 4, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Torino, 2006, 2227 ss.

⁶⁴ Recante “*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*”. V. sul tema, per tutti, BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, 397 ss.

⁶⁵ Reperibile in www.dejure.giuffrè.it, da cui il testo della massima che si riporta, nonché in *Giur. cost.* 2004, 1, 237 (s.m.) con note di SACCO, PACE, DOLSO, BUZZACCHI; in *Foro amm. CDS*, 2004, 61 (s.m.); in *Giur. it.* 2004, 2234, con nota di TALIENTI.

⁶⁶ Cfr., sulla tutela della concorrenza, anche le sentenze della Corte Costituzionale nn. 272, 320 e 345 del 2004 e n. 77 del 2005 nonché, più recentemente, la sentenza n. 235/2011, ove la tutela della concorrenza è oggetto di un'ampia declinazione: “la “tutela della concorrenza” abbraccia, in definitiva, non soltanto la (applicazione della) disciplina *antitrust*, le norme di liberalizzazione dei mercati e quelle in tema di procedure di gara nell'affidamento dei contratti pubblici, ma s'interessa inevitabilmente anche a tutti quegli interventi volti a favorire la competitività del sistema e lo sviluppo del mercato inteso quale infrastruttura essenziale per l'affermarsi di una reale competizione tra le imprese”: così ARGENTATI, *La*

Da segnalare altresì la disputa insorta in dottrina, dopo la riforma costituzionale, fra chi - nonostante riconoscesse nella disposizione di cui alla lett. e) del co. 2 dell'art. 117 Cost. l'attribuzione di una specifica competenza allo Stato – negava alla «tutela della concorrenza» valore di *disposizione di principio*⁶⁷ e chi, al contrario, rigettava tale argomentazione⁶⁸, attribuendo alla previsione di cui si discute un “triplice valore normativo: (a) la doverosità dell'esercizio della funzione (normativa ed amministrativa) di tutela della concorrenza da parte dello Stato; (b) la sottrazione alle Regioni e agli enti locali di qualsiasi potere (normativo od amministrativo) di intervento positivo in materia, ancorchè con finalità integrative o rafforzative degli *standard* di intervento determinati dalla normativa statale [...]; (c) il divieto, in capo alle Regioni e agli enti locali di contrastare o frustrare le regole e gli obiettivi del diritto generale della concorrenza, stabiliti dalle leggi dello Stato, con misure di regolazione amministrativa incompatibili con i principi sostanziali della materia”⁶⁹.

Ma la dottrina ha sul punto parimenti osservato che “la *concorrenza* non è solo una materia da ripartire tra lo Stato e le regioni [...] ma è, prima di tutto, un *bene da tutelare*”⁷⁰ (corsivo aggiunto), concezione accolta anche dalla Consulta che ha optato per la legittimità costituzionale delle sole leggi statali di disciplina dei mercati che siano effettivamente protese a garantire la concorrenza⁷¹.

L'accoglimento della predetta posizione avrebbe dovuto condurre la Corte Costituzionale – in un'ottica di coerenza - a “definire sul piano assiologico ragioni e finalità della tutela della concorrenza [...]: tuttavia, “qualche intervento in tal senso vi è

giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di “tutela della concorrenza” a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione, in *Studi e ricerche dell'AGCM*, 39.

⁶⁷ In tal senso v. BUFFONI, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo: regione e governo locale*, 2003, 345 ss.; GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 331.

⁶⁸ V. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e parte II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte Costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2008, 791 ss.; CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, fasc. 3, 981 ss. e ID., *La tutela della concorrenza*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di Corso e Lopilato, I, Milano, 2006, 4 ss. V. anche ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2009, 194 ss. L'adesione a tale orientamento sembra provenire anche dalla Corte Costituzionale, nell'evoluzione giurisprudenziale dal 2001 ad oggi: cfr., in particolare, la sentenza n. 307/2009 ove si afferma: “la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza”.

⁶⁹ LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 196. V anche ID., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.

⁷⁰ CORSO, *La tutela della concorrenza*, cit. 26.

⁷¹ Cfr. Corte Cost., 21 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. cost.*, 2008, 683 ss., con nota di CARANTA, *Prime correzioni di rotta della Corte Costituzionale in materia di tutela della concorrenza*.

pure stato⁷², ma non può dirsi che, fino a questo momento, la Corte abbia dovuto impegnarsi in una definizione precisa della nozione di «concorrenza», come bene giuridicamente tutelato⁷³.

3.1. (Segue). Il parametro della “concorrenza effettiva”. L’art. 41 Cost. La libertà di concorrenza come “naturale espressione dello svolgimento della libertà di iniziativa economica”.

In verità, già prima della riforma della riforma del 2001, il fondamento costituzionale della *libertà di concorrenza* – intesa come valore – e della “*concorrenza effettiva*”⁷⁴ è stato tradizionalmente individuato (secondo conforme giurisprudenza della Corte Costituzionale⁷⁵) nell’art. 41 Cost.⁷⁶, come del resto confermerebbe la l. n. 287/1990, recante «norme per la tutela della concorrenza e del mercato» «in attuazione

⁷² Il riferimento è, in particolare, a Corte Cost., 18 gennaio 2008, n. 1; Corte Cost., 30 gennaio 2009, n. 25.

⁷³ LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 197. Sul punto v. anche ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di “tutela della concorrenza” a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 7-8 e 38 ove osserva: “Sembra, in definitiva, che l’insieme delle statuizioni sopra richiamate, contenute in alcune delle sentenze più recenti, offra sicura conferma della opzione della Corte in favore di un esame contenutistico delle disposizioni impugnate e ciò, a sua volta, non può che essere visto come il segnale della crescente apertura della stessa Corte a intravedere nell’art. 117, comma 2, lett. e) Cost., oltre che un criterio di riparto formale di competenze, anche un principio di ordine sostanziale cui deve improntarsi la disciplina delle attività economiche, a qualunque livello: a livello regionale, certo, ma anche a livello statale perché la “tutela della concorrenza” – sembra dire la Corte – è l’oggetto non solo di un prerogativa esclusiva dello Stato, ma anche di un suo dovere puntuale”. Cfr. altresì DENOZZA-TOFFOLETTO, *Contro l’utilizzazione dell’approccio economico nell’interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 3, 565 ss.

⁷⁴ Su cui v. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss. che distingue fra: (i) “*libertà di concorrenza*, come situazione giuridica soggettiva attribuita a persone ed imprese”, e (ii) “*concorrenza effettiva*, come modo di funzionamento reale di un mercato”, e, quindi, “bene giuridicamente tutelato”.

⁷⁵ V., in particolare, Corte Cost. n. 223/1982, ove la concorrenza viene qualificata come libertà che “integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori” ed è “diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti ed a contenerne i prezzi”, e Corte Cost. n. 241/1990, in cui la concorrenza viene considerata “valore basilare della libertà di iniziativa economica [...] funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori”.

⁷⁶ Sul punto v., per tutti, GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2004, 439 ss. V. anche LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 195 e n. 10 che, nel dibattito fra coloro che hanno ritenuto la concorrenza in senso oggettivo estranea alla tutela costituzionale di cui all’art. 41 Cost. e coloro che hanno invece ritenuto “che la tutela della concorrenza (effettiva) costituisca un limite alla tutela della libertà d’iniziativa economica, già nell’impostazione originaria dell’art. 41 cost.”, si inserisce in quest’ultimo filone interpretativo.

Per un commento all’art. 41 Cost. si v., *ex multis*, CHELLI, *Libertà e limiti all’iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1960, 303 ss.; BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965, vol. XXI, 582 ss.; ID., *Studi sull’art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969; GALGANO, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Biondi, Bologna-Roma, 1982, 1 ss.; MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XVII, 1 ss.

dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica»: tuttavia, “la materia era rimasta fino a quel momento confinata entro un ambito per lo più privatistico, assumendo rilievo soprattutto nella prospettiva (soggettiva) della tutela della libertà di iniziativa economica privata”⁷⁷.

L'evoluzione interpretativa che ha condotto all'emersione delle “virtualità concorrenziali nascoste”⁷⁸ nelle pieghe del co. 1 dell'art. 41 Cost.⁷⁹ è stata determinata, evidentemente, dall'accelerazione del processo di integrazione europea (all'inizio degli anni '90) e dal consolidamento della *primauté* del diritto comunitario sul diritto interno⁸⁰, rispetto al quale (ultimo) incideva inevitabilmente l'affermazione della fondamentale rilevanza della tutela della concorrenza nel contesto europeo (di cui si è dato conto più sopra) “recepita” dal legislatore ordinario con l'adozione della richiamata l. n. 287/1990⁸¹.

Per l'effetto, da un lato, la *libertà di concorrenza* veniva considerata come la “*naturale espressione dello svolgimento della libertà di iniziativa economica* [...] E si è desunto dalla medesima previsione l'implicito riconoscimento (e l'implicita, connessa tutela) del mercato (concorrenziale) inteso come sistema oggettivo capace di esprimere il massimo realizzabile di efficienza economica e di crescita del tenore di vita collettivo; dall'altro, si sono fortemente ridimensionate quelle indicazioni di cui al 2° e 3° co. [...] volte a legittimare gli interventi pubblici nell'economia, anche alla luce di quel principio di «sussidiarietà orizzontale» consacrato dall'ordinamento comunitario, appunto, e volto a sanzionare definitivamente la recessività dell'intervento pubblico in economia, la sua progressiva riduzione ove non la sua emarginazione a fronte del riconoscimento della competenza generale e prioritaria del privato in materia economica”⁸² (corsivo aggiunto).

⁷⁷ Così ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di “tutela della concorrenza” a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 7.

⁷⁸ Così NIRO, *sub* 41 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Torino, 2006, 851 ss., ove ampi riferimenti argomentativi e bibliografici.

⁷⁹ *Contra* AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA. VV., *La Costituzione economica*, Atti del Convegno di Ferrara, 11-12.10.1991, Padova, 1997, 7 ss.; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

⁸⁰ Su cui v. CELOTTO, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, Torino, 2003; CELOTTO-GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1309 ss.; GROPPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *Astrid – Rassegna*, n. 13/2005.

⁸¹ Recante “*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”. Sul tema v., per tutti, AMATO, *La legge antitrust venti anni dopo*, cit., 923 ss.

⁸² Così NIRO, *sub* 41 Cost., cit., 851 e 863 ove precisa ulteriormente che “gli stessi richiami alla libertà, sicurezza e dignità come beni costituzionalmente rilevanti potenzialmente confliggenti con lo svolgimento dell'iniziativa economica privata sembrano essere ridimensionati così da assumere una valenza assolutamente «emergenziale», a fronte della progressiva affermazione, questa sì coerente con il

3.2. (Segue). L'«utilità sociale» ex art. 41 Cost., co. 2, come limite alla libertà di iniziativa economica: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

Come noto, il tentativo di provvedere ad una precisa definizione del concetto di «utilità sociale», quale limite alla libertà di iniziativa economica privata consacrata nel primo comma dell'art. 41 Cost., ha generato un acceso dibattito sin dai lavori dell'Assemblea Costituente, inducendo Einaudi, in ragione della vaghezza ed indeterminatezza della locuzione *de qua*, ad osservare che “una norma la quale non ha significato è una norma per definizione anticonstituzionale ed arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma, essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi di interpretazione saranno conformi a ciò che non esiste”⁸³.

L'evoluzione del dibattito ha condotto, più recentemente, a considerare l'«utilità sociale» come “*principio valvola*”⁸⁴, tale da concedere “l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali”, “ma anche quale «concetto di valore» intriso di «giustizia sociale», che partecipa dei caratteri dei valori costituzionali che connotano l'ordinamento, e che quindi è teso alla realizzazione di quel progetto di trasformazione della società italiana voluto dal 2° co. dell'art. 3 Cost.”⁸⁵.

In virtù dell'elasticità⁸⁶ della clausola in questione il compito interpretativo della Corte Costituzionale si è rivelato fondamentale, specie nell'ottica della necessaria opera

diritto comunitario, dell'esistenza di un limite alla libertà economica individuale, immanente a quest'ultima e penetrante, costituito dalle esigenze di tutela dello stesso sistema economico di mercato in funzione del quale la predetta libertà economica risulterebbe conformata”. In senso conforme v. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela della concorrenza»?*, in *Giur. cost.*, 2004, 262-263.

⁸³ In tal senso Einaudi nell'Assemblea Costituente. Sul punto v. NIRO, *sub* 41 Cost., cit., 854.

⁸⁴ Così LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 81 e 117 ss. Più recentemente, v. DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2011, n. 4, 22. Prima di tale qualificazione si segnalano altre ricostruzioni fra cui quella di Mortati, che propone una lettura dell'art. 41 Cost. in combinato disposto con l'art. 4 Cost., nell'ottica di raggiungere i massimi livelli di occupazione, e di COLI, *Proprietà ed iniziativa privata*, in *Comm. Calamandrei-Levi*, Firenze, 1950, I, 363, che identifica l'utilità sociale – coerentemente con la nozione utilitaristica di Bentham – nella “maggior quantità di benessere per il maggior numero possibile di uomini”. Per le varie ricostruzioni v. NIRO, *sub* 41 Cost., cit., 854.

⁸⁵ Così NIRO, *sub* 41 Cost., cit., 854 che rinvia a LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 117, citandone i passi fra virgolette basse. Accanto

⁸⁶ Su cui v. K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien u. Leipzig, 1924, 86; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., spec. 79, n. 4, nonché K. WHEARE, *Del governo federale*, Bologna, 1997, 139.

di bilanciamento dei valori, da realizzare di volta in volta ai fini dell'applicazione della nozione di utilità sociale⁸⁷.

I limiti del sindacato della Corte Costituzionale sono stati definiti dalla stessa Consulta attraverso la celebre sentenza n. 14/1964⁸⁸, ove essa si è riconosciuta competente a pronunciarsi, in particolare: (i) sulla “palese contraddizione fra dei fini di utilità sociale perseguiti dal legislatore con i presupposti di fatto accertabili”; (ii) sulla “non assoluta inidoneità dei mezzi predisposti dal legislatore rispetto allo scopo”; e, infine, (iii) sul “perseguimento di finalità palesemente diversa da quella di utilità sociale formalmente indicata”⁸⁹.

Quanto alla possibilità di delimitare la nozione di «utilità sociale» sulla base delle pronunce fornite dalla Corte Costituzionale, si è osservato che - sebbene sia complesso addivenire ad una precisa definizione -, ravvisandosi pur tuttavia una “logica comune” nelle decisioni della Consulta, possono considerarsi “di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione”⁹⁰, “che coincidano cioè con altri interessi o diritti costituzionalmente tutelati, quali, ad esempio, la salute, l'ambiente, il diritto al lavoro, ecc., interessi e diritti la cui tutela imponga, nel bilanciamento con l'iniziativa economica privata, una limitazione di quest'ultima, proprio alla stregua del 2° co. dell'art. 41”⁹¹.

Sul punto si è rilevato che sarebbe configurabile una sorta di “nucleo minimo” del concetto di utilità sociale identificabile nell'insieme di “valori che la Costituzione protegge con norme specifiche in materia di libertà personale, sindacale, di espressione e di informazione, di insegnamento; di diritto alla salute, al salario «sufficiente», all'assistenza e previdenza; di tutela del paesaggio [...]”⁹², “non tutti riconducibili ai limiti di cui alla seconda parte del 2° co. dell'art. 41 e cioè ai limiti della libertà, sicurezza e dignità, ma riferibili anche ad altre situazioni soggettive espressamente

⁸⁷ Cfr. BIN, *Diritti e Argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 105 ss. Da ultimo, con particolare riferimento alla crisi economica, v. DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, cit., 22 ss.

⁸⁸ Su cui v. NICCOLAI, *Sull'utilizzo del principio di utilità sociale in una sentenza sulla pianificazione*, in *Giur. cost.*, 1991, 472 ss.

⁸⁹ La ricostruzione è offerta in questi termini da NIRO, *sub* 41 Cost., cit., 855.

⁹⁰ Così LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 138.

⁹¹ Così NIRO, *sub* 41 Cost., cit., 855.

⁹² CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova, 1978, 37.

protette dalla Carta Costituzionale, come ad esempio quelle relative ai *diritti sociali*”⁹³ (corsivo aggiunto).

Non mancano tuttavia, nell’evoluzione giurisprudenziale, pronunce in cui è stata altresì accolta una nozione di «utilità sociale» avulsa, per certi versi, da quella “logica comune” di cui si è detto più sopra e tale da ricomprendere “*interessi attinenti alla sfera squisitamente economica*, più difficilmente riconducibili alle previsioni espresse di cui alla carta costituzionale e corrispondenti a *valori economici generali* quali l’incremento della produzione”⁹⁴, «l’equilibrio locale di mercato tra domanda e offerta»⁹⁵, i «valori aziendali» della *concorrenzialità e competitività delle imprese* nonché il «sistema economico produttivo vigente»⁹⁶, tutti valori il cui fondamento è rintracciato nella stessa proclamazione costituzionale della libertà di iniziativa economica anche se sganciati dalla sfera della libertà di iniziativa ed ancorati piuttosto al mercato inteso quale struttura oggettiva”⁹⁷ (corsivo aggiunto).

3.2.1. (Segue). L’«utilità sociale» ex art. 41 Cost., co. 2, come limite alla concorrenza: l’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

Se, da una parte, si è osservato che alla nozione di utilità sociale, quale limite alla libertà di iniziativa economica privata, sono stati ricondotti dalla giurisprudenza costituzionale anche i «valori aziendali» della *concorrenzialità e competitività delle imprese*⁹⁸, va parimenti rilevato che, nel rinvenire il fondamento della libertà di concorrenza nella libertà d’iniziativa economica (e quindi nel co. 1 dell’art. 41 Cost.), la medesima Corte Costituzionale ha avuto modo di evidenziare, in talune rilevanti pronunce, anche risalenti, la sussistenza di un *rapporto diretto fra* la tutela della libertà

⁹³ Così NIRO, *sub* 41 Cost., cit., 855.

⁹⁴ Cfr. Corte Cost., n. 78/1958; Corte Cost., n. 5/1962; Corte Cost. n. 45/1962; Corte Cost. n. 30/1965.

⁹⁵ Cfr. Corte Cost., n. 63/1991.

⁹⁶ Cfr. Corte Cost., n. 439/1991.

⁹⁷ Così NIRO, *sub* 41 Cost., cit., 856, che aggiunge: “tale eterogenesi dei fini di utilità sociale – contraddetta in altre decisioni della Corte, nelle quali si è viceversa sottolineato il carattere meramente strumentale dell’efficienza del sistema economico complessivo rispetto ai principi di libertà ed uguaglianza [Corte Cost., n. 97/1969] – si sarebbe determinata in corrispondenza della affermazione comunitaria, enfatizzata dalla accelerazione del processo di integrazione, del mercato concorrenziale e della conseguente necessità di leggere le disposizioni del dettato costituzionale in materia economica in maniera conforme rispetto alle indicazioni comunitarie”.

⁹⁸ Cfr. Corte Cost., n. 439/1991, ma anche la nota sentenza n. 241/1990 che conduce all’affermazione della tutela della concorrenza come fine di utilità sociale. In dottrina v. OPPO, *L’iniziativa economica*, in AA. VV., *La Costituzione economica a quarant’anni dall’approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 70, favorevole alla riconducibilità della disciplina della concorrenza al limite dell’utilità sociale.

di concorrenza e la tutela di interessi “sociali” collettivi, ravvisando quindi uno stretto nesso teleologico fra la prima ed i secondi.

Invero, già la sentenza che “apre la breccia alla riconducibilità della tutela della concorrenza nell’alveo della libertà di iniziativa economica utilizza proprio come *argomentazione trainante la tutela di interessi collettivi*”⁹⁹.

Il riferimento è alla citata sentenza n. 223/1982, ove la Corte Costituzionale rinviene nella «libertà di concorrenza tra imprese» una *duplice finalità*: essa (i) “*da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori*” e, (ii) “*dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi*”.

Su queste basi (e in forza di questa duplice finalità) prese piede l’idea che dalla libertà di concorrenza “potessero derivare risultati positivi in termini di utilità sociale, e che pertanto spettasse al legislatore tutelare l’attività dei privati da pratiche restrittive, non solo a tutela della libertà degli operatori economici, ma anche a vantaggio del bene comune”¹⁰⁰.

Successivamente, in prossimità dell’approvazione della legge *antitrust*, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 241/1990, valorizzava nuovamente il nesso teleologico fra la tutela della concorrenza ed i vincoli costituzionali di tutela degli interessi sociali osservando: “tali vincoli sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l’acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L’utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacchè non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza - che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori (sentenza n. 223 del 1982 cit.) - ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall’art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l’altro controlli sull’economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie”.

Alla luce di tale percorso giurisprudenziale non si è mancato di osservare (opportunamente), in dottrina, più di recente, che “il mercato e la sua disciplina possono

⁹⁹ Così ANGELINI, *L’iniziativa economica privata*, cit., 123.

¹⁰⁰ Così BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazione della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 13. Sul punto v. anche ANGELINI, *L’iniziativa economica privata*, cit., 123.

trovare spazio nella Costituzione, ma devono rendersi chiare le relazioni fra la realizzazione dell'economia di mercato e i valori costituzionalmente rilevanti, quali il rispetto della dignità umana e il dovere di solidarietà; la conclusione dovrebbe essere che i valori costituzionali non possono essere compatibili con interpretazioni e soprattutto con politiche che li sottopongono a letture svalutative”¹⁰¹.

4. L'art. 41 Cost. alla prova della crisi economico-finanziaria. Breve *excursus* sul riferimento alla “crisi” nelle decisioni della giurisprudenza costituzionale: l'origine.

La lettura della «*libertà di concorrenza tra imprese*» nella prospettiva funzionale della “*protezione della collettività*”, e quindi della valorizzazione dei vincoli costituzionali di *tutela degli interessi sociali* (quali limiti alla stessa concorrenza), di cui si è dato conto più sopra, è stata significativamente accolta ed ulteriormente implementata dalla Corte Costituzionale nell'ambito della recente crisi economico-finanziaria.

Invero, in tale contesto, la Consulta ha avuto modo di avallare limitazioni della concorrenza nel segno della stessa clausola di «*utilità sociale*», ampliata nella sua portata interpretativa al punto da ricomprendervi il perseguimento di fini essenzialmente economici (diversi, ovviamente, dalla concorrenza), qualificati però come “*interessi sociali preminenti*” o, semplicemente, come “*fini sociali*”¹⁰².

Esemplificativa di tale punto di approdo della Corte Costituzionale nell'interpretazione dell'art. 41 Cost. – oggetto di molteplici proposte di riforma, proprio nel contesto della crisi¹⁰³ – è la nota sentenza n. 270/2010¹⁰⁴, sul caso Alitalia (su cui si tornerà ampiamente *infra*).

¹⁰¹ Così ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, cit., 122.

¹⁰² Sul punto v. DOMINICI, Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi, cit., 29, che, a proposito della sentenza Alitalia, osserva: “nel caso di specie, si deve considerare che la Consulta aveva un unico strumento per considerare le norme derogatorie del principio del libero mercato conformi all'art. 41 Cost.: dimostrare che esse fossero volte al raggiungimento di utilità o finalità sociali. Questi sono, infatti, gli unici limiti costituzionalmente ammessi alla libertà di concorrenza. [...] I Giudici costituzionali precisano che solo in questa congiuntura economica eccezionale, e per la particolarità del settore coinvolto, si può adottare un concetto così ampio di “*utilità sociale*”; di conseguenza lasciano intendere che in ogni altra eventualità le finalità meramente economiche non sono idonee a comprimere la libertà di concorrenza riconosciuta, indirettamente, dall'art. 41 Cost. e a tutela della concorrenza”.

¹⁰³ Su cui v., per ampi riferimenti ai testi normativi ed agli orientamenti dottrinari, ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, cit., 129 ss. e spec. 132-133, ove (conclusivamente) rileva: “l'art. 41 Cost. appare come la disposizione costituzionale che permette di riattivare la scelta politica e di tornare alle politiche

Prima di esaminare i contenuti essenziali di tale pronuncia - in questa sede, rinviando poi all'analisi più approfondita di cui al cap. V del presente lavoro -, pare doveroso precisare, prima di tutto, che "il tema della crisi economica (e/o finanziaria) si presenta [...] come un *topos* risalente e ricorrente"¹⁰⁵, che permea la giurisprudenza costituzionale - e fungendo da "*argomento presupposto*"¹⁰⁶, seppur non pienamente esplicitato - (almeno) sin dagli anni '70 del novecento¹⁰⁷.

Invero, si è osservato - in un'indagine (avente ad oggetto l'analisi della giurisprudenza costituzionale al tempo della crisi economica) che, prima delle decisioni della Consulta, ripercorre le pagine degli incontri ufficiali con i giornalisti e delle relazioni svolte in occasione degli incontri annuali dei Presidenti della Corte Costituzionale con la stampa¹⁰⁸ - che "se si vuole indicare una data precisa, la Corte Costituzionale «scopre» la crisi il 21.1.1974, quando il Presidente F.P. Bonifacio, [...],

pubbliche di investimento e di crescita, anche in funzione redistributiva. In particolare, la stessa clausola dell'utilità sociale, piegata alle sole ragioni del funzionamento del mercato negli ultimi anni, permetterebbe al legislatore di trovare nel testo costituzionale uno strumento forte di indirizzo delle attività economiche, finalizzato anche alla difesa dei cittadini più esposti alle conseguenze negative della crisi. Quella che si avanza non è una riproposizione in chiave dirigista della disposizione costituzionale, ma semmai un ritorno ad una lettura normativa della Costituzione, funzionale alla difesa del modello «sociale» della forma di Stato, che rischia di essere cancellato sotto la pressione sinergica delle interpretazioni recessive dei principi costituzionali e dell'irrigidimento degli strumenti di finanziamento della spesa sociale". Si pronuncia in termini negativi sull'utilità di una riforma dell'art. 41 Cost. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 42, la quale osserva che "per il profilo che qui interessa, non sembra che la citata riforma possa giocare un ruolo decisivo nell'apprestare una più decisa protezione della libera iniziativa privata e, con essa, della libera concorrenza. [...] anche in mancanza di cambiamenti nella Prima parte, la Carta Costituzionale ha dentro di sé tutti gli strumenti necessari a consentire la piena realizzazione della libera iniziativa economica e, tra questi, quelli della "tutela della concorrenza", per come è applicato oggi dalla giurisprudenza costituzionale, risulta certamente uno dei più efficaci". Sul punto si pronuncia in termini negativi, fra gli altri, anche Libertini, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit., che parla di "superficialità dell'effimero dibattito sulla riforma dell'articolo 41, che si era aperto nell'estate del 2010", aderendo al pensiero di ONIDA, *Articolo 41: la Carta e lo «Stato sociale»*, in *Corriere della sera*, 11 giugno 2010.

¹⁰⁴ Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

¹⁰⁵ Come letteralmente osservato da BENVENUTI, *La Corte Costituzionale, in Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, a cura di Francesca Angelini e Marco Benvenuti, Napoli, 2012, 379.

¹⁰⁶ L'espressione è di BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 377.

¹⁰⁷ Il fenomeno non interessa esclusivamente l'ordinamento italiano. Sul punto v. WHEARE, *Del governo federale*, cit., spec. 367-368, ove osserva: "il grado di adattabilità delle costituzioni è massimo nel periodo di crisi economica, fasi storiche in cui i cambiamenti sono necessari per arginare situazioni di necessità contingenti e gravose". Più in generale, sull'influenza della crisi sulla giurisprudenza costituzionale e, viceversa, sull'incidenza della giurisprudenza costituzionale al tempo della crisi, cfr., oltre a BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 376 ss., a vario titolo, CHELI, *Introduzione*, in *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di Barile et al., Bologna, 1982, 17 ss.; LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 182, n. 111; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, vol. V, 384; DONATI, *Sentenze della Corte Costituzionale e vincolo di copertura finanziaria ex art. 81 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, II, 1550; nonché RUGGERI, *Corte e diritti, in tempo di crisi*, [2012], reperibile in www.gruppodipisa.it, 20.

¹⁰⁸ L'indagine è condotta da BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 375.

precisa [...] che «proprio nei momenti di crisi l'effettività dei supremi principi dell'ordinamento è valido ed efficiente strumento per salvaguardare la libertà e le istituzioni democratiche. Allorché, impoverite le risorse, diventa impossibile soddisfare tutti gli interessi o più acuta si fa l'esigenza di comporli in un quadro di priorità, tanto più si avverte il bisogno di ancorarsi, a livello costituzionale, al sistema delle regole»¹⁰⁹; [...] passando al formante giurisprudenziale, più di una decisione di quegli anni lascia trasparire una concezione incrementale, se non addirittura progressiva, della legislazione ordinaria nella sfera economico-sociale, con accenti che paiono dare per scontato, pur con accelerazioni e rallentamenti, un andamento in crescita del ciclo economico generale»¹¹⁰ (corsivo aggiunto).

5. (Segue). Il riferimento alla recente crisi economico-finanziaria internazionale nelle decisioni della Consulta. La sentenza n. 270/2010. I «preminenti interessi generali», attinenti alla sfera economica, come limite alla concorrenza.

Venendo alla crisi dei nostri giorni – della quale il Presidente della Corte Costituzionale U. De Siervo ha parlato in termini di «grave crisi finanziaria ed economica internazionale e nazionale»¹¹¹ - nelle decisioni più rilevanti (ai fini dell'indagine in questione), in particolare dieci¹¹², dal 2010 al 2012¹¹³, possono rinvenirsi espressi richiami, tanto nel percorso interpretativo quanto nelle relative motivazioni, all'argomento della crisi (contingente).

¹⁰⁹ BONIFACIO, *Conferenza stampa*, [1974], reperibile in www.cortecostituzionale.it, 1-2. Più in generale, sulle dichiarazioni rese dai Presidenti della Corte Costituzionale, v. il lavoro di ALOISIO, *Materiali per uno studio della prassi delle esternazioni del Presidente della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 3169 ss.

¹¹⁰ Così BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 378-379. Tra le sentenze più risalenti, considerate rilevanti da Benvenuti, si richiamano: in tema di pensioni di vecchiaia, Corte Cost., n. 128/1973 e Corte Cost., n. 126/1977; negli anni '80, in tema di tetti pensionabili, Corte Cost. n. 173/1986; negli anni '90, in tema di diritto all'abitazione, Corte Cost., nn. 404/1988, 252/1989, 5559/1989; nonché, in materia di previdenza sociale, Corte Cost., n. 421/1995, l'unica decisione nella quale all'A. pare di vedere che il giudice costituzionale ricorra all'argomento della crisi proponendosi, contemporaneamente, di consolidare un proprio mutamento giurisprudenziale, e per ciò considerata “senza dubbio la sentenza-manifesto di quel «nuovo» orientamento”.

¹¹¹ V. DE SIERVO, *Incontro con la stampa* [2011], su www.cortecostituzionale.it, 3 ss.

¹¹² Corte Cost., n. 10/2010; Corte Cost., n. 16/2010; Corte Cost., n. 121/2010; Corte Cost., n. 182/2010, tutte in tema di riparto di competenza fra Stato e Regioni; Corte Cost., n. 270/2010, sul caso Alitalia; Corte Cost. n. 31/2011, in tema di arbitrato nei lavori pubblici; Corte Cost., n. 148/2012, Corte Cost. n. 151/2012; Corte Cost. n. 164/2012; Corte Cost. n. 203/2012.

¹¹³ Segnalate da BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 389 ss.; sul punto v. anche DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, cit., 22 ss.

Il riferimento va, innanzitutto, alla prima delle pronunce considerate¹¹⁴, avente ad oggetto la c.d. carta acquisti (o *social card*) e che risolve il sottoposto conflitto di competenze fra potestà legislativa statale e regionale a favore della prima: si è osservato che “il percorso argomentativo seguito appare straordinariamente interessante perché poggia su una serie complessa di strategie argomentative tutte (o quasi) incentrate sulla crisi in atto”¹¹⁵. In tale decisione la Corte, assunta l’inattuazione dell’art. 119 Cost., reputa l’intervento normativo dello Stato ammissibile, “in mancanza di norme che attuino detto articolo [...]”, “nei casi in cui, come quello di specie, esso, oltre a rispondere ai richiamati principi di eguaglianza e solidarietà, *riveste quei caratteri di straordinarietà, eccezionalità e urgenza* conseguenti alla situazione di crisi internazionale economica e finanziaria che ha investito negli anni 2008 e 2009 anche il nostro Paese” (corsivo aggiunto).

Altresì, nella successiva sent. n. 121/2010, ancora in tema di riparto di competenze fra Stato e Regioni, il giudice costituzionale ritiene il bilanciamento di valori espresso dalla normativa statale, oggetto di impugnazione, “non irragionevole”, in quanto esso rappresenterebbe “il portato temporaneo della perdurante inattuazione dell’art. 119 Cost. e di imperiose necessità sociali, indotte anche dalla attuale grave crisi economica nazionale e internazionale, che questa Corte ha ritenuto essere giustificazioni *sufficienti, ma contingenti*, per leggi statali di tutela di diritti sociali limitative della competenza legislativa residuale delle Regioni nella materia dei servizi sociali”¹¹⁶ (corsivo aggiunto).

Ma giungendo alla pronuncia “centrale” ai fini della nostra indagine (e, più in generale, del nostro lavoro), *i.e.* la sentenza n. 270/2010¹¹⁷, sul caso Alitalia, va ricordato innanzitutto che nel caso di specie, come noto, la questione di legittimità costituzionale (di cui si dirà meglio appresso) interessava, in particolare, il comma 4-

¹¹⁴ Corte Cost., n. 10/2010 edita in *Giur. cost.*, 2010, con note di ANZON DEMMIG, *Potestà legislativa residuale e livelli essenziali delle prestazioni*; LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi*; PIZZOLATO, *La «social card» all’esame della Corte Costituzionale*.

¹¹⁵ Così BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 391. V. anche DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, cit., 23 ss.

¹¹⁶ Cfr. altresì le sentenze n. 16/2010 in cui si sottolinea la “esigenza di far fronte alla grave crisi economica e finanziaria, di dimensioni internazionali, che ha investito il Paese” e n. 182/2010 ove le spese oggetto di controversia sono considerate “strettamente connesse all’insorgenza di una contingente crisi economica”. Osserva BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 396-397, che il riferimento alla crisi nelle quattro sentenze sin qui considerate “appare finalizzato non tanto a mantenere all’interno dell’ordinamento giuridico disposizioni statali altrimenti sul filo della (in)costituzionalità, quanto piuttosto [...] a *relativizzare*, in primo luogo da un punto di vista temporale, e a *contestualizzare* eventuali mutamenti giurisprudenziali”.

¹¹⁷ Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

quinqües dell'articolo 4 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347¹¹⁸, nella misura in cui esso stabilisce che le operazioni di concentrazione concluse da imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato di cui al comma 2 dello stesso articolo 4 - ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui al comma 1 dell'articolo 5 dello stesso d.l. n. 347/2003 - rispondono a *preminenti interessi generali* e sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287¹¹⁹: secondo il TAR Lazio¹²⁰, la disposizione in esame si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost., “in quanto avrebbe introdotto, per l'operazione di concentrazione oggetto dei giudizi principali, una deroga del procedimento di controllo stabilito dalla legge n. 287 del 1990, che sarebbe irragionevole, perchè non coerente con la disciplina della concorrenza stabilita dall'art. 41 Cost., e lesiva della libertà di concorrenza e della parità di trattamento tra imprese concorrenti”¹²¹.

Così sinteticamente delineata la questione, occorre in primo luogo evidenziare l'opera di ricostruzione, realizzata dalla Corte (presente, invero, anche in altre decisioni fra le richiamate¹²² ed utile a rafforzare le argomentazioni svolte), degli scopi perseguiti dal legislatore ordinario e del contesto nel quale il provvedimento impugnato è stato adottato¹²³.

¹¹⁸ Convertito con modificazioni dalla legge 18 febbraio 2004 n. 39 ed introdotto dall'articolo 1, comma 10, del decreto legge 28 agosto 2008 convertito dalla legge 27 ottobre 2008 n. 166.

¹¹⁹ Prosegue il citato co. 4-*quinqües*, «fermo quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della stessa legge. Fatto salvo quanto previsto dalla normativa comunitaria, qualora le suddette operazioni di concentrazione rientrino nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le parti sono, comunque, tenute a notificare preventivamente le suddette operazioni all'Autorità unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione. L'Autorità, con propria deliberazione adottata entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, prescrive le suddette misure con le modificazioni e integrazioni ritenute necessarie; definisce altresì il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare. In caso di inottemperanza si applicano le sanzioni di cui all'articolo 19 della citata legge n. 287 del 1990. Il presente comma si applica alle operazioni effettuate entro il 30 giugno 2009».

¹²⁰ Che con tre ordinanze, emesse nel corso di altrettanti giudizi, ha rimesso la questione alla Corte Costituzionale.

¹²¹ Dal testo della pronuncia della Corte Costituzionale in esame.

¹²² Per tutte Corte Cost., n. 10/2010, cit.

¹²³ Opera di ricostruzione evidenziata da BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., spec. 406, il quale al tempo stesso auspica che la Corte possa svolgere “una più appropriata istruttoria [...], agli elementi di fatto adottati dal legislatore ordinario, senza adagiarsi, come appare in qualche caso, su di essi o, peggio, su quelli presentati dal Governo negli stessi atti normativi o nei documenti di programmazione e di indirizzo, con esiti ingiustificatamente apologetici e, talora, involontariamente comici”. Sul punto v. anche SAITTO, *Quando l'esigenza di tutela della dignità fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale*, in *Giur. cost.*, 2010, 182 ss. e spec. 194; e ZAGREBELSKY, *Corte costituzionale e principio d'uguaglianza*, in *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, a cura di N. Occhiolupo, Padova, 1984, 108.

Rileva infatti la Corte che dagli interventi al Senato ed alla Camera, nelle Commissioni ed in Assemblea, “emerge univoco l’intento di *garantire la continuità del trasporto aereo* su tutte le rotte nazionali, anche su quelle economicamente non convenienti, e di *evitare la dissoluzione di un’impresa di rilevanti dimensioni* e la *dispersione del valore aziendale*, in vista della *tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell’economia nazionale*” (corsivo aggiunto).

Prosegue pertanto la Corte osservando che “questi interessi, sebbene attengano, prevalentemente, alla sfera economica, per le osservazioni dianzi svolte, ed in considerazione della gravità della congiuntura economica e della peculiarità del settore di riferimento, sono riconducibili alle ragioni di «utilità sociale» ed ai «fini sociali» (art. 41 Cost.) che giustificano uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell’Autorità indipendente”.

Si è conseguentemente osservato che “l’evocazione della crisi costituisce, in entrambi i passaggi della motivazione qui citati, un argomento di contorno – più che un «argomento principe»¹²⁴ - e svolge, dunque, una funzione spiccatamente rafforzativa rispetto a più ampie considerazioni in ordine alla (ri)valorizzazione dei riferimenti dell’«utilità sociale» di cui all’art. 41, co. 2, Cost. e dei «fini sociali» di cui all’art. 41, co. 3, Cost. Questi ultimi, lungi dal costituire un’ineffabile «formula magica»¹²⁵, come da taluno un po’ semplicisticamente qualificati, si raccordano senz’altro al «dovere di solidarietà politica, economica e sociale posto dall’art. 2 Cost., da un lato, e [al]la garanzia della pari dignità sociale posta dall’art. 3 Cost., dall’altro»¹²⁶ ma sottendono altresì – come già a suo tempo evidenziato da V. Crisafulli e da C. Mortati in opposizione alla sent. n. 78/1958 – alla piena garanzia del lavoro come principio e come diritto costituzionale *ex art. 4, co. 1, Cost.*”¹²⁷.

“A conclusione, il giudizio della Corte Costituzionale appare, per come argomentato, in tutta la sua eccezionalità: l’art. 41 Cost., nel prevedere ai co. 2 e 3 limiti espressi all’attività economica, «consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all’assetto concorrenziale del mercato garantito». In definitiva, la sentenza conclude la parabola interpretativa dell’art. 41 Cost.; il punto di arrivo appare l’assoluta eccezionalità del ricorso ai limiti

¹²⁴ DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, cit., 29.

¹²⁵ PALMIERI-PARDOLES, *L’incompiuta: ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*, cit., 2916.

¹²⁶ ANGELINI, *L’iniziativa economica privata*, cit.

¹²⁷ Così BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 401.

contemplati ai co. 2 e 3 come cause legittime di deroga alle regole del mercato e, fra queste, a quelle della concorrenza”¹²⁸.

Ad ogni modo, “per quanto «eccezionale» o «congiunturale» la sentenza”¹²⁹, si è opportunamente rilevato che la pronuncia in esame esprime la “consapevolezza [da parte della Consulta] della necessità che si lasci la possibilità alla «politica [di] guidare, non [di] subire, i processi economici»”¹³⁰.

¹²⁸ Così ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, cit., 128. Rileva altresì v. anche DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, cit., 29, che “la norma ha [...] passato indenne il vaglio di costituzionalità poiché, secondo la Corte, la concorrenza tutelata indirettamente dall’art. 41 Cost. è un valore che non riceve una “protezione assoluta” ma può subire delle limitazioni per il soddisfacimento contestuale di altri interessi costituzionalmente rilevanti con i quali deve essere inevitabilmente bilanciata”.

¹²⁹ ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, cit., *ibidem*.

¹³⁰ SAIITO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il “posto” dell’art. 41 della Costituzione italiana*, in <http://www3.unisi.it/ianus/numero%205/01.saitto.pdf>, 67, il quale rinvia a LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, reperibile in <http://www.costituzionalismo.it/articoli/267>. In altri termini, DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, cit., 22 ha osservato, rinviando a LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 79, n. 4 e 81, che «la presenza di questo tipo di norme [i c.d. principi valvola] è ricollegabile alla consapevolezza del legislatore costituente della sua “incapacità nel prevedere tutto il reale e tutte le possibili forme della sua evoluzione” e alla conseguente scelta di rimettere all’interprete la determinazione dei modi e dei tempi “del contrappunto giuridico normativo del dato sociale”».

Sull’intervento pubblico (dello Stato) nell’economia, in occasione della crisi attuale, v., a vario titolo, CANTARO, *Il «ritorno» dello Stato nella «deglobalizzazione»*, in *Democrazia e diritto*, 2008, 11 ss.; CAVAZZUTI, *Nuovi confini per lo Stato assicuratore?*, in *Governare l’economia globale*, a cura di G. Amato, Firenze, 2009, 238 ss.; CINTIOLI, *L’art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il «diritto della crisi»*, in *Diritto e società*, 2009, 398; NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1094 ss.; ID., *L’assistenza finanziaria europea e lo Stato «co-assicuratore»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1096 ss.; ID., *From the Financial to the Sovereign Debt Crisis*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 92 ss.

CAPITOLO II

Gli aiuti di Stato nella disciplina anticoncorrenziale dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Premessa. “Dimensione” comunitaria degli aiuti di Stato. – 2. La disciplina normativa. Inquadramento delle fonti. L’esercizio del potere regolamentare, *ex art.* 109 TFUE, da parte del Consiglio. – 3. La nozione di “aiuto di Stato”. I requisiti richiesti dall’ *art.* 107, par. 1, TFUE e l’interpretazione giurisprudenziale. - 3.1. (*Segue*). «Aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali»: “finanziamento di origine pubblica”. - 3.2. (*Segue*). La concessione dell’aiuto «sotto qualsiasi forma». Il “conferimento di un vantaggio [gratuito] ai beneficiari”¹³¹. Il carattere di “selettività” della misura. - 3.3. (*Segue*). “Pregiudizio al commercio tra Stati membri” e “pregiudizio alla concorrenza”. - 4. Le deroghe al principio di incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune *ex art.* 107, par. 2 e 3, TFUE. Aiuti compatibili di diritto e aiuti potenzialmente compatibili. - 4.1. (*Segue*) Gli “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà”. Prospettive di riforma nell’ambito del processo di “modernizzazione degli aiuti di Stato”. - 4.2. (*Segue*) I “principi” di cui agli “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà”. - 4.3. (*Segue*) Le “regole” di cui agli “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà”. - 5. L’evoluzione della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e del concetto di “interesse comunitario”. L’attuale esigenza di contemperamento fra “valori di mercato” e “fini sociali”. - 5.1. (*Segue*). Dall’applicazione “marginale” della disciplina sugli aiuti di Stato al “riequilibrio nei rapporti tra regole di mercato ed interessi generali”¹³². L’insorgere dell’attuale crisi economico-finanziaria. - 5.2. (*Segue*). Gli interventi comunitari a sostegno della crisi. La “nuova” base giuridica delle misure derogatorie: l’*art.* 107, par. 3, lett. b), TFUE. - 5.3. (*Segue*). La Comunicazione della Commissione europea del 13 ottobre 2008 – “*L’applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria mondiale*”. - 5.4. (*Segue*). La Comunicazione della Commissione europea del 5 dicembre 2008 – “*La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza*”. - 5.5. (*Segue*). La Comunicazione della Commissione europea del 25 febbraio 2009 “*concernente il trattamento degli attivi svalutati nel settore bancario della Comunità*” e la Comunicazione del 19 agosto 2009 sul *ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario* nel contesto dell’attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato. Proroghe. - 5.6. (*Segue*). La Comunicazione della Commissione europea del 17 dicembre 2008 – “*Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*”¹³³. Proroghe. - 5.7. (*Segue*). La prime decisioni adottate dalla Commissione europea in attuazione del “quadro di riferimento temporaneo”. La situazione italiana. - 6. Note sparse sul riconoscimento, da parte della Commissione, della rilevanza strategica del settore bancario (alla luce della portata “sistemica” della crisi) nel perseguimento del “comune interesse europeo”. 7. Il processo di riforma della disciplina degli aiuti di Stato. Dallo *State Aid Action Plan* alla Comunicazione della Commissione sulla “*Modernizzazione degli aiuti di Stato dell’UE*”.

1. Premessa. “Dimensione” comunitaria degli aiuti di Stato.

¹³¹ V. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012, 314.

¹³² Così TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 8.

¹³³ Parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 (che “modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”): il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1.

Così delineata, nel capitolo che precede, l'evoluzione della "tutela della concorrenza" – e dei valori ad essa connessi – nel diritto dell'Unione Europea e nell'ordinamento costituzionale italiano, giungiamo ora ad esaminare, più nello specifico, la disciplina sugli aiuti di Stato, in relazione alla quale dovremo condurre il "test di compatibilità" della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Occorre in primo luogo premettere che – come è stato opportunamente osservato¹³⁴ - tale disciplina ha da sempre stimolato l'interesse della dottrina¹³⁵, oltre che per il significativo "rilievo pratico-applicativo"¹³⁶, innanzitutto per il fatto che essa non trova un omologo riconoscimento nel diritto della concorrenza italiano, il quale non proibisce in alcun modo e forma la concessione di agevolazioni statali agli operatori del mercato¹³⁷.

¹³⁴ DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., XI-XII.

¹³⁵ Che vi ha dedicato numerosi lavori monografici fra cui si citano, *ex multis*: BALLARINO-BELODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997; BARIATTI (a cura di), *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; BIONDI-EECKHOUT-FLYNN (a cura di), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; DONY, *Storia del capitalismo italiano. Commentaire J. Megret. Contrôle des aides d'Etat*, Bruxelles, 2007; EVANS, *European Community Law of State Aid*, Oxford, 1997; HANCHER-OTTERVANGER-SLOT (a cura di), *EC State Aids*, London, 2006; KEPENNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, 1999; NICOLAIDES-KEKELEKIS-KLEIS (a cura di), *State Aid Policy in the European Community : Principles and Practice*, The Hague, 2008; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Interessi pubblici nella disciplina public companies, enti privatizzati e controlli*, Padova, 2000 ; QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, Oxford, 2009; ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997; A. SANTA MARIA, *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, 2006.

¹³⁶ DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., XI, il quale richiama, con riferimento all'esperienza italiana, l'applicazione della disciplina europea sugli aiuti di Stato negli anni '80 del secolo scorso nei noti casi *IRI-Alfa Romeo* e *ENI Lanerossi*, su cui v. Corte di Giustizia, 21 marzo 1991, causa C-305/89, *IRI-Alfa Romeo*, in *Racc.*, 1991, 1603 ss. e Corte di Giustizia, 21 marzo 1991, causa C-303/88, *ENI-Lanerossi*, in *Racc.*, 1991, 1433 ss.

¹³⁷ Una attenta disamina delle ragioni che, prima del 1990, avevano distolto l'Italia dall'adozione – in generale – di una disciplina della concorrenza, è formulata da AMATO, *La legge antitrust venti anni dopo*, cit., 923 ss., che rileva: "ci sono le diverse forme di protezione e di protezionismo tipiche dei paesi arrivati per ultimi nel processo di industrializzazione, c'è quindi la preferenza per la collaborazione consortile fra le imprese rispetto alla concorrenza per migliorare la produzione nazionale, c'è il monopolio pubblico per i servizi e le infrastrutture essenziali, e c'è il risvolto politico di tutto questo, vale a dire una fondamentale debolezza dell'ispirazione politica liberale e partiti che, nel novecento, a destra come a sinistra non vedono nella concorrenza un motore da accendere per la crescita economica. Neppure la Costituzione del 1948 la menziona, falliscono negli anni Cinquanta e Sessanta i ripetuti tentativi di introdurre la tutela per legge, si arriverà a proclamare in Parlamento nei primi anni Sessanta che l'Italia non avrebbe del resto alcuna ragione per farlo, vista l'assenza in essa di strozzature monopoliste, e occorrerà arrivare alla reprimenda della Comunità europea nei tardi anni Ottanta perché Governo e Parlamento vengano messi alla frusta e spinti ad approvare la legge n. 287. Sino a quel momento i ripetuti indirizzi di modernizzazione dell'economia italiana hanno esplorato strade diverse, la promozione delle partecipazioni statali, la programmazione economica, la contrattazione programmata". Sul punto v. anche ID., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, 43 ss.; F. BARCA, *Storia del capitalismo italiano. Dal dopoguerra a oggi*, Roma, Donzelli, 1997, 3 ss.; M. GRANATA, *Cultura del mercato. La Commissione parlamentare d'inchiesta sulla concorrenza (1961-1965)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, 23 ss.

Invero, sebbene la Corte Costituzionale abbia inteso in un primo momento - attraverso il richiamato *leading case*, sentenza 13 gennaio 2004, n. 14¹³⁸, con cui essa ha per la prima volta delineato i confini della “tutela della concorrenza”, come materia rimessa alla potestà legislativa statale *ex art. 117, co. 2, lett. e)* - interpretare in maniera piuttosto (e troppo) ampia la materia della “tutela della concorrenza”, ricomprendendovi anche gli aiuti di Stato¹³⁹ – o, più in generale, come si è criticamente osservato, “(quasi) ogni intervento dello Stato in economia, compresi quelli diretti a raggiungere obiettivi (sostegno alle imprese in aree depresse, incentivi per l’occupazione, incentivi alla produttività) anche molto distanti dal mantenimento di condizioni di concorrenza nel mercato”¹⁴⁰ – in seguito la stessa Corte, approdata ad una definizione più precisa di “tutela della concorrenza”¹⁴¹, ha definitivamente superato il precedente (criticato) orientamento, osservando in particolare nella sentenza n. 63/2008¹⁴² che “*il riferimento alla tutela della concorrenza quale materia di competenza statale esclusiva [...] non può giustificare l’intervento del legislatore statale in materia di aiuti di Stato, i quali, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla tutela della concorrenza*”; pertanto, tale “materia non può essere estesa fino a ricomprendere quelle misure statali che non intendono incidere sull’assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano o che, lungi dal costituire uno strumento indispensabile per

¹³⁸ Reperibile in www.dejure.giuffrè.it, da cui il testo della massima che si riporta, nonché in *Giur. cost.* 2004, 1, 237 (s.m.) con note di SACCO, PACE, DOLSO, BUZZACCHI; in *Foro amm. CDS*, 2004, 61 (s.m.); in *Giur. it.* 2004, 2234, con nota di TALIENTI. All’orientamento espresso in tale sede sembrano ispirarsi, fra le altre, anche le successive pronunce n. 134/2005 e n. 151/2005.

¹³⁹ Si richiama la massima: “la tutela della concorrenza non deve essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in senso dinamico, quale fondamento di misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali. Peraltro, proprio l’inclusione di questa competenza statale nella lett. e) dell’art. 117 comma 2 cost., evidenzia l’intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti che esprimono un carattere unitario e che giustificano l’intervento statale per la sua rilevanza macroeconomica, sicché *solo in tale quadro è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare sia specifiche misure di rilevante entità, sia regimi di aiuto ammessi dall’ordinamento comunitario (fra i quali gli aiuti “de minimis”)*, purché siano in ogni caso idonei, quanto ad accessibilità a tutti gli operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull’equilibrio economico generale; appartengono, invece, alla competenza legislativa concorrente o residuale delle regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale, tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni e da non limitare l’esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale” (corsivo aggiunto).

¹⁴⁰ Così ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di “tutela della concorrenza” a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 12, rinviando a PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela della concorrenza»?*, cit., 263 e L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell’intervento statale a tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, 2 marzo 2004, 7.

¹⁴¹ In particolare, con le sentenze n. 401/2007 e 430/2007. Sul punto v. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di “tutela della concorrenza” a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 12.

¹⁴² Edita in numerose riviste, fra cui in *Foro amm. CDS*, 2008, 3, 708 (s.m.); in *Foro it.* 2008, 5, I, 1369; in *Giur. cost.* 2008, 2, 861.

tutelare e promuovere la concorrenza, contrastano con i principi comunitari e contraddicono apertamente il fine (la tutela della concorrenza) che pure affermano di voler perseguire” (corsivo aggiunto).

2. La disciplina normativa. Inquadramento delle fonti. L’esercizio del potere regolamentare, ex art. 109 TFUE, da parte del Consiglio.

Come noto, la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato¹⁴³ è essenzialmente contenuta in tre fondamentali disposizioni¹⁴⁴ di cui - dopo il Trattato di Lisbona - al Trattato per il Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), e precisamente contenute nel Titolo VII, recante “*Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni*”, Capo I, intitolato “*Regole di concorrenza*”, Sezione 2, “*Aiuti concessi dagli Stati*”; esse sono: (i) l’art. 107 (ex art. 87 TCE), che prevede, al primo paragrafo, il generale divieto di concessione degli aiuti di Stato¹⁴⁵ (*rectius*: il principio di incompatibilità degli aiuti con il mercato comune), così come qualificati dalla norma medesima, salvo individuare talune deroghe o esenzioni “compatibili” ai successivi parr. 2 e 3; (ii) l’art. 108 (ex art. 88 TCE), invece, statuisce, individuandone i passaggi fondamentali, sulla procedura di controllo, rimessa alla Commissione (salvo il potere dello Stato membro interessato di richiedere l’intervento del Consiglio), degli aiuti esistenti o nuovi¹⁴⁶; (iii) l’art. 109 (ex art. 89 TCE), infine, precisa che «il

¹⁴³ La cui origine può essere ricondotta all’approvazione del Trattato di Roma (1957), a partire dal quale essa è divenuta uno dei “capisaldi” della “politica” della concorrenza, trovando la sua precipua applicazione, (i) sotto il profilo *oggettivo*, essenzialmente nei confronti di imprese pubbliche, imprese cui sono stati riconosciuti dagli Stati alcuni diritti speciali ed esclusivi, ed imprese deputate allo svolgimento di servizi di interesse economico generale; mentre (ii) sotto il profilo *soggettivo*, nei confronti degli Stati membri, piuttosto che delle singole imprese interessate. L’evoluzione in chiave storica della “politica” di sostegno alle imprese sino all’introduzione del divieto di aiuti di Stato, è ben descritta da E. TRIGGIANI, *Gli aiuti statali alle imprese nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, 1989, 2 ss.

¹⁴⁴ Ben ricostruita, fra i vari, da BESTAGNO, *Artt. 88 e 89 CE*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione Europea*, a cura di Pocar, Padova, 2001, 465-478; BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, in *La concorrenza*, a cura di Frignani-Pardolesi, Torino, 2006, 447-488; BLASI-MUNARI, *Artt. 87-89 CE*, in *Trattati dell’Unione Europea e della Comunità europea*, a cura di Tizzano, Milano, 2004, 592-623; DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012, 311-342; MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti-Greco, Milano, 2007, 65-115; PINNA, *Art. 87 CE*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione Europea*, a cura di Pocar, Padova, 2001, 456-464; STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, in *Diritto dell’Unione europea*, a cura di Strozzi, Torino, 2006, Parte speciale, 359-425; TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 795-839.

¹⁴⁵ Sulla cui *ratio* v., in particolare, la XII Relazione sulla Politica di concorrenza, 1986, 158, ove si osserva che gli Stati membri possono utilizzare gli aiuti di Stato come “strumento di protezionismo, per favorire i produttori nazionali, attribuire loro vantaggi sul piano della concorrenza, evitare i necessari adattamenti strutturali, in breve, per trasferire le difficoltà verso i concorrenti degli altri Stati”.

¹⁴⁶ Sulla procedura per il controllo degli aiuti v. *inter alia*, specie fra i contributi più recenti, AMADEO, *Il giudice nazionale e l’obbligo di recupero degli aiuti illegali*, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione*

Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può stabilire tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 107 e 108 e fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 108, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura».

Tuttavia, la prerogativa attribuita al Consiglio dall'art. 109 TFUE non aveva trovato, almeno sino al 1998, alcuna concreta attuazione, ciò riflettendosi in una sostanziale incompletezza della normativa sugli aiuti, di cui ai soli artt. 107 e 108¹⁴⁷.

La situazione muta radicalmente con l'approvazione del Reg. CE n. 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998, *sull'applicazione degli artt. 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato orizzontali*¹⁴⁸ (seguito, successivamente, dal Reg. CE n. 659/99 del Consiglio del 22 marzo 1999, *recante modalità di dell'articolo 93 del trattato CE*¹⁴⁹), attraverso il quale, sulla scorta del fatto che, *inter alia*, «a norma del trattato, la valutazione della compatibilità degli aiuti con il mercato comune spetta essenzialmente alla Commissione», a quest'ultima è attribuita la facoltà, «mediante regolamenti [...], [di] dichiarare che le seguenti categorie di aiuti sono compatibili con il mercato comune e non soggette all'obbligo di notifica [...]», e cioè «a) gli aiuti a favore: i) delle piccole e medie imprese, ii) della ricerca e dello sviluppo, iii) della tutela dell'ambiente, iv) dell'occupazione e della formazione; b) gli aiuti che rispettano la mappa approvata dalla Commissione per ciascuno Stato membro per l'erogazione degli aiuti a finalità regionale» (art. 2 del Regolamento)¹⁵⁰.

della disciplina sugli aiuti di Stato, Torino, 2011, 201 ss.; DANIELE, *Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea*, in SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato"*, Torino, 2011, 159 ss.; P. DE LUCA, *Sulla legittimazione attiva delle imprese concorrenti di beneficiari di aiuti di Stato*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 575 ss.; F. FERRARO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in *St. Integr. Eur.*, 2010, 129 ss.; ROSSI DAL POZZO-NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009; SCHEPISI, *Aiuti di Stato e public enforcement: l'esecuzione effettiva delle decisioni sugli aiuti illegali ed incompatibili*, in SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato"*, Torino, 2011, 97 ss.; SPITALERI, *I rimedi azionabili dal privato contro il beneficiario di aiuti illegali incompatibili: il caso CELF*, in SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato"*, Torino, 2011, 229 ss.; TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione Europea: dal controllo all'enforcement*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 381 ss.

¹⁴⁷ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 311, il quale osserva che «il vuoto è stato temporaneamente colmato dalla Commissione» che, nel corso degli anni, «ha emanato numerose comunicazioni o altri atti di analoga denominazione con i quali ha manifestato il proprio orientamento in relazione a specifici aspetti». Cfr., da ultimo, la *Disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione* (in *GU* n. C 323 del 30 dicembre 2006, 1) e la *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela ambientale* (in *GU* n. C 82 del 1° aprile 2008, 1).

¹⁴⁸ Reperibile all'indirizzo <http://eurlex.europa.eu>.

¹⁴⁹ Reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁵⁰ Per effetto dell'autorizzazione concessa mediante il Regolamento CE n. 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998, la Commissione ha adottato svariati regolamenti di esenzione per categoria, fra i quali, inizialmente, il Reg. CE n. 68/2001 della Commissione del 12 gennaio 2001, *sugli aiuti destinati alla*

Altresì, attraverso il medesimo regolamento, viene prevista la (potenziale) compatibilità degli aiuti c.d. *de minimis*, autorizzando anche in tal caso la Commissione, sempre mediante regolamenti, a «decidere che, visto lo sviluppo e il funzionamento del mercato comune» alcuni aiuti siano “compatibili” e pertanto dispensati dalla procedura di notifica, “a condizione che gli aiuti concessi ad una stessa impresa in un determinato arco di tempo non superino un importo prestabilito» (art. 4 del Regolamento).

Per effetto della delega contenuta nel richiamato Reg. CE n. 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998, la Commissione ha in particolare adottato, fra i regolamenti ancora in vigore, (i) il Reg. CE n. 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008, *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato (regolamento generale di esenzione per categoria)*¹⁵¹; (ii) il Reg. CE n. 1998/2006 della Commissione del 15 dicembre 2006, *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato (regolamento generale di esenzione per categoria)*¹⁵².

3. La nozione di “aiuto di Stato”. I requisiti richiesti dall’ art. 107, par. 1, TFUE e l’interpretazione giurisprudenziale.

Il Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (e prima ancora il Trattato CE) non fornisce una definizione di “aiuto di Stato”¹⁵³, sebbene le recenti prospettive di riforma (*rectius: modernizzazione*) della disciplina degli aiuti di Stato dell’UE, di cui si

formazione; il Reg. CE n. 69/2001 della Commissione del 12 gennaio 2001, *sugli aiuti di importanza minore (de minimis)*, il cui principio è stato, da ultimo esteso ai settori dell’agricoltura e della pesca con il Regolamento CE n. 1860/2004 della Commissione del 6 ottobre 2004 (*relativo all’applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti de minimis nei settori dell’agricoltura e della pesca*).

¹⁵¹ Reperibile all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁵² Reperibile all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁵³ In tal senso v. EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, in *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, 17. La lacuna era già stata evidenziata in tempi più lontani dalla dottrina che aveva tentato di supplire a tale mancanza definendo, secondo una nozione piuttosto ampia, aiuto di Stato “ogni vantaggio economicamente apprezzabile accordato ad un’impresa attraverso un intervento pubblico, vantaggio che altrimenti non si sarebbe realizzato”: così TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2000, 477; v. anche ID., *Disciplina comunitaria degli aiuti di stato ed imprese bancarie*, in *Dir. Comm. Int.*, 1991.

Sul punto, tuttavia, si segnalano le considerazioni formulate dall’avvocato generale Lenz nelle conclusioni alla sentenza della Corte di Giustizia, 10 luglio 1986, causa C-234/84, ove osserva che la presenza di una definizione (precisa) di aiuto all’interno del Trattato CE “non sarebbe nè possibile né utile, poichè definizioni precise potrebbero risolversi in una restrizione della nozione di aiuto”, mentre la previsione di una definizione più ampia sarebbe utile a “contribuire a tutelare la concorrenza all’interno del mercato comune”. V. altresì SCHINA, *State aids under the EEC Treaty Articles 92 to 94*, Oxford, 1987, che conviene, per finalità antielusive, sulla scelta di una nozione ampia.

dirà meglio *infra*, si prefiggano, per fini di certezza, anche «il chiarimento e la migliore illustrazione del concetto di aiuti di Stato»¹⁵⁴.

Allo stato essa va pertanto ricavata, per via interpretativa, dall'art. 107 TFUE, par. 1, che definisce le forme di “aiuto” incompatibili con il mercato comune e, per ciò, vietate¹⁵⁵.

In particolare, ai sensi del richiamato articolo, «salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

Secondo il costante insegnamento della giurisprudenza¹⁵⁶, affinché la misura considerata possa essere qualificata come “aiuto di Stato” (e quindi rilevante ai fini dell'applicazione della relativa disciplina), debbono sussistere, cumulativamente, tutti (ed ognuno de) i quattro criteri individuati dall'art. 107, TFUE, par. 1 (ex art. 87, n. 1, CE).

In particolare, la misura in questione (i) deve poter essere direttamente riconducibile ad un *intervento dello Stato*, ovvero realizzata *mediante risorse statali* (c.d. finanziamento di origine pubblica¹⁵⁷); (ii) deve attribuire un *vantaggio gratuito* (solo) *al suo beneficiario*, e quindi presentare i caratteri della “selettività” (di cui si dirà meglio appresso) (c.d. conferimento di un vantaggio per i beneficiari¹⁵⁸); (iii) deve poter *incidere sugli scambi tra Stati membri* (c.d. pregiudizio agli scambi tra Stati membri¹⁵⁹);

¹⁵⁴ V. la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni* dell'8 maggio 2012, recante il titolo “*Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*” Reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>, e alla quale ha fatto seguito la risoluzione adottata dal Parlamento Europeo il 17 gennaio 2013 (*European Parliament Resolution on State Aid Modernisation*), reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu>.

¹⁵⁵ Sulla ricostruzione della nozione di aiuto di Stato, si segnalano, fra i numerosi studi in dottrina, senza pretese di completezza, APPIANO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e regole comunitarie in materia di aiuti di Stato*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 751; CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 1259; DONY BARTHOLMÈ, *La notion d'aide d'Etat*, in *Cah. Droit eur.*, 1993, 399; V. GUIZZI, *La politica degli aiuti di Stato*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 101; SALIMBENI, *Gli aiuti di Stato alle imprese. Profili generali*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 13; SLOTBOOM, *State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?*, in *Eur. Law Rev.*, 1995, 289; TODINO, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, 507; E. VACCA, *Gli aiuti di Stato alle imprese. Considerazioni introduttive*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 5; WINTER J.A., *Re(de)fining the notion of State Aid in Article 87 (1) of the EC State Treaty*, in *Com. Market Law Rev.*, 2004, 475.

¹⁵⁶ V., *ex multis*, Corte di Giustizia, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Regno del Belgio c. Commissione*, c.d. *Tubemeuse*, in *Racc.*, 1990, I-959, punto 25; Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica Francese c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, I-4397, punto 68; Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, sentenza *Altmark*, in *Racc.*, 2003, I-7747, punti 74 e 75.

¹⁵⁷ V. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

¹⁵⁸ V. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

¹⁵⁹ V. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

(iv) deve *falsare o minacciare di falsare la concorrenza*¹⁶⁰ (c.d. pregiudizio alla concorrenza¹⁶¹).

Altresì, coerentemente con l'interpretazione letterale dell'art. 107, TFUE, par. 1, le istituzioni comunitarie hanno (continuativamente) osservato che a determinare l'applicazione delle disposizioni in materia di aiuti (e, precipuamente, del principio di incompatibilità ivi esaminato) sia sufficiente la (mera) sussistenza dei richiamati requisiti o, meglio, gli *effetti* (lesivi della concorrenza per contrarietà alle previsioni di cui all'art. 107, par. 1) della misura considerata in luogo delle *finalità*¹⁶² che hanno ispirato lo Stato membro nella sua adozione¹⁶³.

Tuttavia, volendo far riferimento alle conclusioni¹⁶⁴ dell'Avvocato generale Ruiz Jarabo Colomer¹⁶⁵, “esistono almeno tre ipotesi in cui”, pur nella sussistenza di tutti i *requisiti* sopra richiamati, “l'intervento non costituisce un aiuto di Stato propriamente detto, cioè:

- a) quando lo Stato agisce come un operatore commerciale privato¹⁶⁶;
- b) quando esso faccia fronte ad obblighi di natura privatistica, come quelli di risarcire danni o di restituire un indebito¹⁶⁷, e
- c) quando la misura eccezionale si iscriva nel contesto di un regime generale - tributario o di previdenza sociale, ad esempio - e sia giustificata dalla natura o dalla struttura del sistema¹⁶⁸”.

¹⁶⁰ V., *ex multis*, Corte di Giustizia, 3 marzo 2005, causa C-172/03, *Wolfgang Heiser c. Finanzamt Innsbruck*, reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>; Corte di Giustizia, 23 marzo 2006, causa C-237/04, *Enirisorse SpA c. Sotacarbo Spa*, in *Racc.*, 2006, I-2843; più recentemente, anche Corte di Giustizia, 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, in *Racc.*, 2009, I-10821.

¹⁶¹ V. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

¹⁶² O, ancora, come rilevato da EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 18, la forma o “la consapevolezza dello Stato erogatore dell'aiuto o del beneficiario dello stesso”, rinviando a Corte di Giustizia, 2 luglio 1974, causa C-173/73, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Racc.*, 1974, 709, punto 27: “l'art. 92 [poi 87 CE, oggi 107 TFUE] non distingue gli interventi di cui trattasi a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti”. Successivamente, v. Corte di Giustizia, 29 febbraio 1996, causa C-56/93, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, 1996, I-723, nonché Corte di Giustizia, 28 gennaio 1999, causa T-14/96, *BAI c. Commissione*, in *Racc.*, II-139.

¹⁶³ Sebbene il principio in questione sia stato avverso a più riprese dagli Stati membri, esso è stato confermato a più riprese dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per un riferimento alla quale v. (oltre alle pronunce richiamate nella nota precedente), più di recente, la sentenza del 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, I-2289, punto 51.

¹⁶⁴ Richiamate da EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 19.

¹⁶⁵ Nella sentenza della Corte di Giustizia, 17 settembre 1998, causa C-6/97, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, I-2981, punto 24.

¹⁶⁶ “Criterio basato sulle possibilità, per l'impresa beneficiaria di ottenere sul mercato dei capitali le somme di cui trattasi; v. sentenza 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia/Commissione* (Racc. pag. I-307, punto 39)”.

¹⁶⁷ “V. sentenza 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit italiana* (Racc. pag. 1205, punto 31)”.

¹⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 2 luglio 1974, causa C-173/73, cit.

Infine, secondo quanto chiarito nella sentenza *Altmark*¹⁶⁹, “non rientra nella nozione di aiuto di Stato, di cui all’art. 87 del Trattato CE [oggi 107 TFUE], la sovvenzione pubblica, data dallo Stato ad un soggetto economico, che costituisce la compensazione per l’adempimento, da parte del soggetto beneficiario, ad obblighi di servizio pubblico”¹⁷⁰.

3.1. (Segue) «Aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali»: “finanziamento di origine pubblica”¹⁷¹.

Il primo requisito del quale occorre valutare la sussistenza, ai fini della qualificabilità della misura considerata come “aiuto di Stato” ai sensi dell’art. 107, par. 1, TFUE, è la riconducibilità della stessa ad un *intervento dello Stato*, ovvero la sua elargizione *mediante risorse statali* (c.d. finanziamento di origine pubblica¹⁷²).

Secondo l’interpretazione fornita dalla giurisprudenza, “la *distinzione* di cui all’art. 87, par. 1 [oggi 107 TFUE, par. 1], tra *aiuti concessi dagli Stati, o mediante risorse statali* [...] è intesa [...] a ricomprendere nella nozione di aiuto non solo gli *aiuti concessi direttamente dagli Stati, ma anche quelli concessi da enti pubblici o privati designati o istituiti dagli Stati*”¹⁷³ (corsivo aggiunto), fra i quali ultimi, pertanto, possono iscriversi – sempre alla luce della casistica giurisprudenziale¹⁷⁴ ed a titolo esemplificativo – gli enti pubblici territoriali¹⁷⁵, gli enti pubblici economici e le società controllate dallo Stato¹⁷⁶.

Volendo distinguere (nella trattazione) le due fattispecie di (i) *aiuti concessi dagli Stati*, «ovvero» (ii) *mediante risorse statali*, deve osservarsi quanto segue:

- (i) quanto alla prima ipotesi, la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che la riconducibilità all’*intervento dello Stato* della misura agevolativa può essere ricavata da molteplici indizi, da valutare caso per caso¹⁷⁷. In

¹⁶⁹ Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, cit., spec. punti 89-93.

¹⁷⁰ Massima estratta dal sito <http://www.dpce.it>, *Diritto pubblico comparato ed europeo*.

¹⁷¹ DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

¹⁷² V. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

¹⁷³ Così Corte di Giustizia, 7 Maggio 1998, Cause riunite C-52/97, C-53/97 e C-54/97, *Viscido/Scandella et al./Terragnolo et al. c. Poste Italiane*, in *Racc.*, 1998, I-02629.

¹⁷⁴ Ben descritta da DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 315.

¹⁷⁵ V. Corte di Giustizia, 14 ottobre 1987, causa C-248/84, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, in *Racc.*, 1987, 4013, punto 17.

¹⁷⁶ V. Corte di Giustizia, 21 marzo 1991, causa C-305/89, *IRI-Alfa Romeo*, in *Racc.*, 1991, 1603 ss. e Corte di Giustizia, 21 marzo 1991, causa C-303/88, *ENI-Lanerossi*, in *Racc.*, 1991, 1433 ss.

¹⁷⁷ In tal senso EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 21.

particolare, nella celebre sentenza c.d. *Stardust Marine*¹⁷⁸, la Corte di Giustizia ha chiarito: “altri indizi potrebbero, eventualmente, essere pertinenti per giungere ad affermare l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato da un'impresa pubblica, quali, in particolare, l'integrazione di tale impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa, ossia il fatto che questa sia soggetta al diritto pubblico ovvero al diritto comune delle società, l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta”.

- (ii) Quanto alla seconda ipotesi, “il requisito del *trasferimento di risorse statali* è sussistente ove l'aiuto abbia un impatto sul bilancio dello Stato, vale a dire in ogni ipotesi in cui lo Stato *direttamente* conceda proprie risorse oppure, *indirettamente*, rinunci a riscuotere ciò che gli è dovuto”¹⁷⁹. Secondo l'interpretazione giurisprudenziale¹⁸⁰, pertanto, la fattispecie degli *aiuti concessi mediante risorse statali* sarebbe integrata ogniqualvolta l'autorità pubblica utilizzi risorse appartenenti al patrimonio dello Stato oppure, secondo un certo orientamento¹⁸¹, nell'ipotesi in cui, pur non essendo titolare delle predette risorse, essa ne

¹⁷⁸ Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica Francese c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, I-4397, punto 55, su cui v. in dottrina, a vario titolo, REICH, *EuGH: Eigenkapitalzufuhr an Unternehmen durch die öffentliche Hand*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, 474-476; LÜBBIG, *Das "Stardust-Marine"-Urteil des EuGH zur Anwendung des EG-Beihilfenrechts auf das Aktivgeschäft der öffentlichen Banken*, *Wertpapier-Mitteilungen*, 2002, 1828-1831; GAHLEITHNER, *Zurechenbarkeit von Handlungen öffentlicher Unternehmen an den Staat*, in *European Law Reporter*, 2002, 275-276; KOENIG-KÜHLING, *EC Control of aid granted through State resources*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, 7-18; ALEXIS, *Notion d'aide d'Etat. Remarques sur l'arrêt Stardust Marine du 16 mai 2002*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, 149-154.

¹⁷⁹ Così EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 21.

¹⁸⁰ Cfr., in giurisprudenza, Corte di Giustizia, 22 marzo 1977, causa C-78/76, *Steinike & Weinlig c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 1997, 595; Corte di Giustizia, 11 marzo 1992, cause riunite da C-78/90 a C-83/90, *Sociétés Compagnie Commerciale de l'Ouest et al. c. Receveur principal des douanes de La Pallice-Port*, in *Racc.*, 1992, I-1847; Corte di Giustizia, 22 dicembre 2008, causa C-333/07, *Régie Network*, in *Racc.*, I-4397.

¹⁸¹ Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, c.d. *Stardust Marine*, cit.

possa disporre sotto il controllo dei poteri pubblici¹⁸². Si è tuttavia rilevato, in dottrina, che tale ultimo orientamento “non appare perfettamente in linea con il costante orientamento seguito dalla giurisprudenza, secondo cui *il vantaggio all’impresa beneficiaria, qualunque ne sia la forma, deve comunque corrispondere ad un onere finanziario a carico dell’ente erogatore*. Non basta perciò che la misura in esame comporti un vantaggio per determinate imprese rispetto alle altre, ma occorre anche che tale vantaggio sia la contropartita di un onere che l’ente pubblico subisce”¹⁸³ (corsivo aggiunto). Tale soluzione è altresì confermata dalla stessa Corte di Giustizia nella celebre pronuncia c.d. *Sloman Neptune*¹⁸⁴ ove osserva: “solo i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali vanno considerati aiuti ai sensi dell’ art. 92, n. 1, del Trattato. Invero, emerge dal tenore stesso di questa disposizione e dalle regole procedurali dettate dall’ art. 93 del Trattato che *i vantaggi concessi con mezzi diversi dalle risorse statali esulano dall’ambito di applicazione di queste disposizioni*” (corsivo aggiunto). In altri termini, la soluzione di tale questione incide sulla propensione verso un approccio interpretativo, delle due fattispecie qui considerate, di carattere “cumulativo”, (nel senso che ai fini della qualificazione della misura come aiuto di Stato risulterebbe necessaria la coesistenza di entrambi requisiti della provenienza della misura *dallo Stato* e della sua realizzazione *mediante risorse statali*), o, all’opposto, di carattere “alternativo” (secondo un’interpretazione dell’art. 87, par. 1, CE [oggi 107, par. 1, TFUE] più aderente al dato letterale «ovvero»)¹⁸⁵. Mentre prima della citata sentenza *Sloman Neptune* si era andato diffondendo, specie sotto la spinta della Commissione, tale ultimo orientamento¹⁸⁶, “la

¹⁸² In particolare, osserva la Corte nella richiamata sentenza – a proposito di finanziamenti concessi da due banche private appartenenti (però) al gruppo pubblico *Crédit Lyonnais* – che “anche se le somme corrispondenti alla misura in questione non sono permanentemente in possesso del Tesoro pubblico, il fatto che restino costantemente sotto il controllo pubblico, e dunque a disposizione delle autorità nazionali competenti, è sufficiente perché esse siano qualificate risorse statali”.

¹⁸³ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

¹⁸⁴ Corte di Giustizia, 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, c.d. *Sloman Neptune*, in *Racc.*, 1993, I-887, punto 19.

¹⁸⁵ In tal senso EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 23.

¹⁸⁶ Mentre, in una prima fase, attraverso talune sentenze, tra cui v. Corte di Giustizia, 22 marzo 1977, causa C-78/76, *Steinike & Weinlig c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 1977, 595, era prevalso l’approccio c.d. “alternativo”, negli anni ’80 e ’90 del secolo scorso si segnala una diversa tendenza contrassegnata dalla presenza di talune pronunce favorevoli all’approccio “cumulativo”, fra le quali, a titolo esemplificativo, Corte di Giustizia, 24 gennaio 1978, causa C-82/77, *Pubblico ministero del Regno*

consacrazione definitiva dell'interpretazione in senso *cumulativo* si rinviene nella sentenza *Stardust Marine* nella quale la Corte, nell'esaminare per la prima volta separatamente i due presupposti dell'imputabilità allo Stato e del trasferimento di risorse statali, ha espressamente statuito¹⁸⁷: “*determinati vantaggi, per poter essere qualificati come aiuti ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE [oggi 107, par. 1, TFUE], debbono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali [...]*¹⁸⁸ *e, dall'altro, essere imputabili allo Stato [...]*^{189,190} (corsivo aggiunto).

3.2. (Segue). La concessione dell'aiuto «sotto qualsiasi forma». Il “conferimento di un vantaggio [gratuito] ai beneficiari”¹⁹¹. Il carattere di “selettività” della misura.

Il secondo requisito che deve necessariamente essere ravvisato ai fini della configurabilità di un “aiuto di Stato” è la produzione – per l'effetto della misura statale - di un vantaggio in capo ai beneficiari dell'aiuto stesso, necessariamente imprese¹⁹².

dei Paesi Bassi c. Jacobus Philippus Van Tiggele, in *Racc.*, 1978, 25, punto 25. Non mancano, tuttavia, nello stesso periodo, orientamenti di segno opposto, volti a ribadire l'opzione per l'approccio “alternativo” già consolidatasi precedentemente: in tal senso Corte di Giustizia, 30 gennaio 1985, causa C-290/83, *Commissione c. Repubblica Francese*, c.d. *Crédit Agricole*, in *Racc.*, 1985, 439, punto 15. Sul punto v. EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 23.

¹⁸⁷ EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 24-25.

¹⁸⁸ “V. sentenze 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*, *Racc.* pag. I-887, punto 19; 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Kirsammer-Hack*, *Racc.* pag. I-6185, punto 16; 7 maggio 1998, cause riunite da C-52/97 a C-54/97, *Viscido e a.*, *Racc.* pag. I-2629, punto 13; 1° dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*, *Racc.* pag. I-7907, punto 35; 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio*, *Racc.* pag. I-3735, punto 35, e 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, *Racc.* pag. I-2099, punto 58”.

¹⁸⁹ “Sentenze *Van der Kooy e a./Commissione*, cit., punto 35; 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia/Commissione*, *Racc.* pag. I-1433, punto 11, e 21 marzo 1991, causa C-305/89, *Italia/Commissione*, cit., punto 13”.

¹⁹⁰ Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, c.d. *Stardust Marine*, cit.

¹⁹¹ DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

¹⁹² Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia: in particolare, 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov et al.*, in *Racc.*, 2000, I-6451, punto 75; 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, e C-355/01, *AOK Bundesverband et al.*, in *Racc.*, 2004, I-2493, punto 46. Osservano EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 25 che “la Corte di giustizia, inoltre, ha dichiarato che la mancanza di fini di lucro, il perseguimento di una finalità sociale, la presenza di elementi di solidarietà, di restrizioni o di controlli sugli investimenti non impediscono di considerare l'attività svolta come un'attività economica”: v. Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, cause riunite da C-115/97 a C-117/97, in *Racc.*, 1999, I-6025, punti 85 e 86. Più di recente, v. anche Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA e altri*, in *Racc.*, 2006, I-00289.

Secondo la ricostruzione offerta dalla giurisprudenza comunitaria, “la nozione di aiuto non comprende soltanto *prestazioni positive*, come sovvenzioni, prestiti o assunzione di partecipazioni al capitale delle imprese, ma anche *interventi i quali*, in varie forme, *alleviano gli oneri che di regola gravano sul bilancio di un’impresa* e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, hanno la stessa natura e producono identici effetti”¹⁹³ (corsivo aggiunto).

Conseguentemente, è possibile operare una distinzione di fondo fra: (i) aiuti sotto forma di *prestazioni positive* e (ii) aiuti che alleggeriscono gli oneri normalmente gravanti sul bilancio di un’impresa, rappresentando – specularmente – una *rinuncia ad introiti* da parte delle autorità pubbliche¹⁹⁴.

(i) Appartengono alla prima categoria, oltre alle *sovvenzioni* in senso stretto, e quindi le ipotesi di trasferimento *sic et simpliciter* di risorse economiche dal bilancio “statale” a quello dell’impresa che beneficia dell’aiuto (anche se indirettamente¹⁹⁵), anche la concessione di *prestiti* o *garanzie* ovvero, “tra l’altro, le concessioni fiscali e gli investimenti di fondi pubblici *effettuati in circostanze in cui un investitore privato non avrebbe apportato il suo sostegno*”¹⁹⁶ (c.d. *criterio dell’investitore privato*)¹⁹⁷.

¹⁹³ Corte di Giustizia, 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, reperibile all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>; v. altresì la nota sentenza Corte di Giustizia, 16 dicembre 2010, causa C-239/09, c.d. *Seydaland*.

¹⁹⁴ La distinzione è suggerita da DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 318.

¹⁹⁵ V. la recente pronuncia del Tribunale, 15 giugno 2010, causa T-177/07, *Mediaset c. Commissione*, in *Racc.*, 2010, II-2341, confermata dalla Corte di Giustizia, 28 luglio 2011, causa 403/10 P, *Mediaset c. Commissione*, in *Racc.*, 2011, avente ad oggetto la valutazione del contributo concesso dal legislatore italiano direttamente a favore dei consumatori per l’acquisto o il noleggio di decoder per il digitale terrestre. Il Tribunale, convenendo con la posizione espressa dalla Commissione, ha rilevato che “la misura di aiuto di cui trattasi, da un lato, incitasse i consumatori a passare dal sistema analogico a quello digitale terrestre limitando al tempo stesso i costi che le emittenti televisive digitali terrestri avrebbero dovuto sopportare e, dall’altro, ha consentito alle emittenti medesime di consolidare, rispetto ai nuovi concorrenti, la loro posizione sul mercato, in termini di immagine di marchio e di fidelizzazione della clientela”.

¹⁹⁶ Così la *Comunicazione della Commissione relativa all’applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, del 9 aprile 2009; prima ancora, v. la *Comunicazione della Commissione agli Stati membri – Applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CEE e dell’art. 5 della direttiva della Commissione 80/723/CEE alle imprese pubbliche dell’industria manifatturiera*, in *GUCE* C 307 del 13 novembre 1993, 3. Cfr. altresì le conclusioni dell’Avvocato generale Jacobs nelle cause riunite C-278/92, C-279/92 e C-280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, I-4103, punto 28: “È erogato un aiuto statale ogni volta che uno Stato membro mette a disposizione di un’impresa fondi che nel naturale corso degli eventi un investitore privato, che applichi criteri commerciali ordinari senza tener conto di fattori sociali, politici o filantropici, non avrebbe fornito”. Il criterio è stato ulteriormente sviluppato dalla Corte di Giustizia in molteplici pronunce fra cui si cita, *inter alia*, la sentenza del 3 luglio 2003, cause riunite C-83/01P, C-93/01P e C-94/01P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica Francese c. Union française de l’express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) SNC e CRIE SA*, in *Racc.*, 2003, I-6993, sulla quale v., fra la dottrina italiana, CASALINI, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell’investitore privato in economia di mercato*, in *Il Foro amministrativo*, 2003, 2733-2750; FRATINI-FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmärk al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contr. impr. Europa*, 2003, 1183-1219; CARTA-FRATINI, *Chronopost c. UFEFEX: la Corte*

Si è osservato che il criterio in questione “si è dapprima affermato in relazione al fenomeno dell’assunzione da parte dei pubblici poteri di partecipazioni nel capitale di imprese in difficoltà, come anche la sottoscrizione di nuove quote di capitale in imprese già a maggioranza statale. Secondo la giurisprudenza¹⁹⁸, tali operazioni dissimulano un aiuto qualora avvengano in condizioni tali che privati operatori non le avrebbero effettuate”¹⁹⁹. Esemplificativo è il caso italiano *Iri-Alfa Romeo*²⁰⁰, ove la Corte di Giustizia osserva: “per stabilire se tali interventi abbiano natura di aiuti statali, occorre valutare se, in circostanze analoghe, un investitore privato di dimensioni paragonabili a quelle degli enti che gestiscono il settore pubblico avrebbe effettuato conferimenti di capitali di simile entità [...] il comportamento dell' investitore privato, cui deve essere raffrontato l'intervento dell' investitore pubblico che persegue obiettivi di politica economica, anche se non è necessariamente quello del comune investitore che colloca capitali in funzione della loro capacità di produrre reddito a termine più o meno breve, deve quantomeno corrispondere a quello di una holding privata o di un gruppo imprenditoriale privato che persegue una politica strutturale, globale o settoriale, guidato da prospettive di redditività a più lungo termine”²⁰¹.

(ii) Nella seconda categoria (*rinuncia ad introiti* da parte delle pubbliche autorità), invece, rientrano tradizionalmente le *agevolazioni fiscali*, che possono consistere, indifferentemente, in rinunce (totali o parziali) (come anche riduzioni o ritardi nell’escussione) rispetto a crediti vantati dall’autorità pubblica nei confronti dell’impresa beneficiaria²⁰².

di Giustizia UE e le "relazioni pericolose" fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza, in *Dir comm. Int.*, 2005, 374-387.

¹⁹⁷ Osservano EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 28, che “a ben vedere, il criterio relativo al comportamento di un investitore privato non è altro che un corollario del principio della parità di trattamento fra proprietà pubblica e privata, di cui all’art. 295 CE, in forza del quale i capitali messi a disposizione di un’impresa, direttamente o indirettamente, da parte dello Stato, in circostanze che corrispondono alle normali condizioni di mercato, non possono essere considerati aiuti di Stato”. Sul tema v., *inter alia*, MENGIOZZI, *Il principio dell’investitore in un’economia di mercato e i valori del diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 27; PARISH, *On the private investor principle*, in *Eur. Law Rev.*, 2003, 70.

¹⁹⁸ V. Corte di Giustizia, 14 novembre 1984, causa C-323/82, c.d. *Intermills*, in *Racc.*, 1984, 3809; Corte di Giustizia, 13 marzo 1985, cause riunite C-296/82 e C-318/82, c.d. *Papierwarenfabrik*, in *Racc.*, 1982, 809; nonché Corte di Giustizia, 10 luglio 1986, cause C-234/84 e C-40/85, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, 2321.

¹⁹⁹ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 318.

²⁰⁰ Corte di Giustizia, 21 marzo 1991, causa C-305/89, *IRI-Alfa Romeo*, in *Racc.*, 1991, 1603 ss.

²⁰¹ Successivamente, il criterio *de quo* è stato applicato anche ad ulteriori fattispecie, come nelle ipotesi di concessione di un prestito a tassi agevolati (v. Corte di Giustizia, 30 aprile 1998, causa T-16/96, c.d. *Cityflyer*, in *Racc.*, 1998, II-757) o di un’agevolazione per il pagamento di contributi sociali (v. Corte di Giustizia, 29 giugno 1999, causa C-256/97, c.d. *DMT*, in *Racc.*, 1999, I-3913): sul punto v. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 319.

²⁰² V. le pronunce della Corte di Giustizia, 29 giugno 1999, causa C-256/97, c.d. *DM Transport*, in *Racc.*, 1999, I-3913, punto 19.

Si è osservato che “per valutare se tale rinuncia costituisca un aiuto di Stato ai sensi dell’art. 87 CE [oggi 107 TFUE] è stato elaborato dalla giurisprudenza il *criterio del creditore privato*, in base al quale occorre verificare se, tenuto conto dell’entità del vantaggio economico conferito, l’impresa avrebbe ottenuto analoghe agevolazioni da un creditore privato che si fosse trovato nei suoi confronti nella medesima situazione dell’ente di riscossione²⁰³. Il criterio in esame non è dunque altro che un’applicazione del principio dell’investitore privato all’attività di riscossione dei crediti”²⁰⁴.

Tuttavia, affinché il conferimento di un vantaggio (ai beneficiari) possa integrare gli estremi della fattispecie di “aiuto di Stato”, è altresì necessaria la sussistenza di un ulteriore requisito, e cioè che la misura oggetto di valutazione favorisca «*talune imprese o talune produzioni*» (così art. 107, par. 1, TFUE), presentando così un carattere di *selettività*²⁰⁵.

Conseguentemente, esulano dalla nozione di “aiuto di Stato” le c.d. *misure generali*, “dirette a sostenere non una certa attività o un gruppo di imprese ma lo sviluppo e l’equilibrio dell’economia nazionale nel suo insieme”²⁰⁶, rientrando così “nella competenza [legittima] di ciascuno Stato membro di definire la propria politica economica”²⁰⁷: fra di esse, in ossequio alla casistica giurisprudenziale, possono ricomprendersi (sotto forma di “prestazioni positive”) sostegni alla ricerca ed all’occupazione oppure (sotto forma di “rinuncia ad introiti”) riduzioni di imposte o contributi di varia natura, a condizione che di tale “vantaggio” possano beneficiare tutte le imprese, a prescindere dalla zona territoriale di riferimento o dal settore di attività²⁰⁸.

²⁰³ Cfr. Corte di Giustizia, 15 marzo 1994, causa C-387/92, c.d. *Banca, Exterior de España*, in *Racc.*, 1994, I-877.

²⁰⁴ Così EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 30.

²⁰⁵ Parla di “discriminazione” A. SANTA MARIA, *Introduzione*, in *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, 9-10.

²⁰⁶ Così EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 31, che osservano altresì come non si rinvenga una precisa definizione delle c.d. “misure generali” nella prassi delle istituzioni comunitarie.

²⁰⁷ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 321. V. altresì A. SANTA MARIA, *Introduzione*, in *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, 1-2, ove osserva che “l’intervento di uno Stato nell’economia, di per sé legittimo ai sensi dell’art. 295 CE in relazione al regime della proprietà, quando sia mirato a favorire essenzialmente determinate imprese o certi settori di attività, di regola “nazionali”, assume una valenza particolarmente pericolosa per il funzionamento armonico di tale mercato”; tuttavia “gli atti di portata “generale”, indirizzati, cioè, alla generalità di beneficiari in una medesima situazione, non rientrano nella categoria degli aiuti di Stato: sono, in quanto tali, proprio per effetto della loro generalità, di per sé legittimi o, per dirla con le parole del Trattato di Roma, *compatibili* con il mercato comune, per il semplice motivo che non possono essere idonei a turbare il regolare gioco della concorrenza”.

²⁰⁸ V. Corte di Giustizia, 30 novembre 1993, causa C-189/91, c.d. *Kirsammer-Hack*, in *Racc.*, 1993, I-6185; la sentenza del Tribunale datata 29 settembre 2000, causa T-55/99, c.d. *CETM*, in *Racc.*, 2000, II-3207; Corte di Giustizia, 8 novembre 2001, causa C-143/99, c.d. *Adria Wien Pipeline*, in *Racc.*, 2001, I-8365; Corte di Giustizia, 13 febbraio 2003, causa C-409/00, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, I-1487.

Tuttavia, la distinzione fra “misura selettiva” (integrante i presupposti della fattispecie “aiuto di Stato”) e “misura generale” non si è rivelata affatto agevole nella pratica²⁰⁹.

La Corte di Giustizia, a tal proposito, ha avuto modo di precisare: (i) che – escludendo l’ipotesi in cui il provvedimento che garantisca la produzione di un vantaggio in capo al beneficiario “sia giustificato dalla natura o dalla struttura generale del sistema nel quale si inserisce”²¹⁰, e perciò il carattere di selettività non sussisterebbe – “una misura di carattere generale può nondimeno essere considerata selettiva qualora il suo godimento da parte delle imprese non sia automatico, ma sia subordinato ad una decisione discrezionale dell’autorità pubblica”²¹¹: in tal senso risultano di fondamentale interesse – ai fini della nostra analisi – i casi *Ecotrade* e *Piaggio*²¹² (che saranno esaminati più approfonditamente nel prosieguo), società sottoposte alla (prima) procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, c.d. *Legge Prodi*, oggetto di censura in questa sede da parte delle istituzioni comunitarie alla luce, *inter alia*, della eccessiva discrezionalità di cui era dotato il Ministro dell’Industria – in virtù della legge medesima – nell’ammettere un’impresa alla procedura *de qua*, così sottraendola “selettivamente” al fallimento²¹³; (ii) “gli aiuti locali o regionali, in quanto

²⁰⁹ Un’ulteriore distinzione è quella fra *aiuto individuale*, concesso a singole imprese, e *regime di aiuti*, definito dall’art. 1, lett. d) del Regolamento n. 659/99 come «atto in base al quale, senza che siano necessarie ulteriori misure di attuazione, possono essere adottate singole misure di aiuto a favore di imprese definite nell’atto in linea generale e astratta e qualsiasi atto in base al quale l’aiuto, che non legato a uno specifico progetto, può essere concesso a una o più imprese per un periodo di tempo indefinito e/o per un ammontare indefinito». Sul punto v. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 325, che osserva: “a differenza degli aiuti individuali, i regimi di aiuti non comportano essi stessi l’erogazione di aiuti a singole imprese ma sono costituiti da atti di portata generale che autorizzano la successiva adozione di provvedimenti individuali di erogazione ovvero consentono alle imprese interessate di avvalersi senz’altro dei provvedimenti di favore (come avviene nel caso della concessione di agevolazioni fiscali)”.

²¹⁰ V. - tutte in tema di regimi fiscali - Corte di Giustizia, 8 novembre 2001, causa C-143/99, c.d. *Adria Wien Pipeline*, in *Racc.*, 2001, I-8365 e, più di recente, Corte di Giustizia, 8 settembre 2011, cause riunite C-78/09 e C-80/09, c.d. *Paint Graphos*; Corte di Giustizia, 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Regno di Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in *Racc.*, 2011, per i cui riferimenti in dottrina cfr., *inter alia*, ROSSI-MACCANICO, *Gibraltar: Beyond the Pillars of Hercules of Selectivity*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2012, 443-448. V. altresì Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907, punto 36; Corte di Giustizia, 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, c.d. *Sloman Neptune*, in *Racc.*, 1993, I-887, punto 21; Corte di Giustizia, 27 marzo 1980, causa C-61/79, c.d. *Denkavit italiana*, in *Racc.*, 1980, 1205, punto 31.

²¹¹ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 322. V. Corte di Giustizia, 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, 1996, I-4551; Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-75/97, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, I-3671.

²¹² Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907 e Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735.

²¹³ Il carattere della selettività a favore di determinate tipologie di imprese è stato ravvisato dalla giurisprudenza comunitaria, oltre che con riferimento alle “grandi imprese”, come *Ecotrade* e *Piaggio*, tra le altre, anche rispetto alle PMI (Tribunale, 29 settembre 2000, causa T-55/99, c.d. *CETM*, in *Racc.*, 2000,

limitati territorialmente, sono per loro natura selettivi. La Commissione e le Corti comunitarie hanno ritenuto selettive anche delle misure fiscali erogate da autorità decentralizzate nel quadro dei loro poteri costituzionalmente riconosciuti²¹⁴: attraverso, in particolare, la sentenza del 6 settembre 2006, nella disputa insorta fra la Commissione e lo Stato del Portogallo²¹⁵, la Corte di Giustizia ha osservato che, allo scopo di qualificare come selettiva o meno la misura fiscale prevista da un ente infrastatale, il riferimento “spaziale” potrebbe essere identificato nel “territorio nel quale esercita la sua competenza l’entità infrastatale che ha adottato il provvedimento, e non il territorio nazionale nella sua totalità”, purchè “il detto provvedimento sia stato adottato da tale entità nell’esercizio di poteri sufficientemente autonomi rispetto al governo centrale”, c.d. “requisito dell’autonomia”²¹⁶.

3.3. (Segue). “Pregiudizio al commercio tra Stati membri” e “pregiudizio alla concorrenza”²¹⁷.

Similmente a quanto previsto dall’art. 101 TFUE in materia di intese, la valutazione di (in)compatibilità dell’aiuto deve essere altresì condotta tenendo in considerazione l’eventuale *incidenza* dell’aiuto medesimo *sugli scambi tra Stati membri* e la sua *idoneità ad arrecare un pregiudizio alla libera concorrenza*.

Sebbene i due requisiti siano enunciati disgiuntamente dall’art. 107, par. 1, TFUE, la giurisprudenza comunitaria è adusa a trattarli congiuntamente, ritenendo che laddove l’aiuto abbia una incidenza effettiva sugli scambi, rafforzando la posizione dell’impresa beneficiaria che operi in un mercato aperto agli scambi intracomunitari²¹⁸, la

II-3207) ed alle imprese manifatturiere (Corte di Giustizia, 8 novembre 2001, causa C-143/99, c.d. *Adria Wien Pipeline*, in *Racc.*, 2001, I-8365).

²¹⁴ Così EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 34, rinviando alla sentenza del Tribunale, 23 ottobre 2002, cause riunite T-269, T-271 e T-272/99, *Territorio Historico de Guipúzcoa et al. c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, II-4217 e Corte di Giustizia, 14 aprile 2005, causa C-110/03, *Regno del Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, 2005, I-2801, punto 58.

²¹⁵ Corte di Giustizia, 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.*, 2006, I-7115.

²¹⁶ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 324, il quale aggiunge: “qualora il requisito dell’autonomia sia soddisfatto, per verificare se la misura ha carattere selettivo, occorrerà esaminare se il regime previsto per le imprese con sede nel territorio dell’ente in questione sia di applicazione generale o si applichi soltanto a talune di queste imprese”.

²¹⁷ DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

²¹⁸ V., per tutte, Corte di Giustizia, 17 settembre 1980, causa C-730/79, c.d. *Philip Morris*, in *Racc.*, 1980, 2671, punto 11, ove osserva: “allorché un aiuto finanziario concesso dallo Stato rafforzi la posizione di un’impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da

Commissione sarebbe sollevata dall'onere probatorio circa il pregiudizio alla concorrenza²¹⁹, che verrebbe considerato sostanzialmente automatico²²⁰.

Tuttavia, le modalità con cui l'indagine in questione è stata di regola condotta dalle istituzioni comunitarie – specie nel passato – sono state oggetto di critiche in dottrina: (i) sia per quanto concerne la *definizione del mercato rilevante* effettuata dalla Commissione nella valutazione di un aiuto, la quale “a differenza di quanto avviene in materia di abuso di posizione dominante e di controllo delle concentrazioni, [...] non poggia su approfondite analisi di mercato. Mentre il *mercato rilevante del prodotto* è definito in base alle classificazioni PRODCOM, il *mercato geografico rilevante* è *pressoché automaticamente identificato con lo Spazio Economico Europeo* [corsivo aggiunto]. Così facendo, l'effetto dell'aiuto sulla posizione concorrenziale del beneficiario non è quasi mai analizzato”²²¹ (sebbene, si è rilevato, pronunce più recenti propendano per la necessità di una valutazione *ad hoc*²²²); (ii) sia per quanto concerne l'accertamento del *pregiudizio alla libera concorrenza*: invero, si è osservato che “il fine di tale analisi sarebbe unicamente quello di individuare la sussistenza di concorrenti del beneficiario dell'aiuto, con la paradossale conseguenza che l'unica ipotesi in cui sia possibile ritenere l'assenza della distorsione della concorrenza finisce per essere quella in cui non esistano nel mercato comune prodotti o servizi identici o sostituibili a quelli del beneficiario”²²³. Il requisito della distorsione della concorrenza viene in tal modo *sostanzialmente presunto*. In conseguenza di tale approccio, in numerosi casi, le Corti comunitarie si sono accontentate di una sommaria motivazione della Commissione al

considerarsi influenzati dall'aiuto”. In dottrina v., sul tema, PLENDER, *The Philip Morris Case in Retrospect*, in *Studi in onore di F. Capotorti*, Milano, 1999, II, 319.

²¹⁹ V. sul punto le sentenze del Tribunale del 4 aprile 2001, causa T-288/97, *Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia c. Commissione*, in *Racc.*, 2001, II-1169, punti 49 e 50 e del 15 giugno 2000, *Alzetta et al. c. Commissione*, in *Racc.*, 2000, II-2319, punto 80, richiamata da EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 35 e nt. 82.

²²⁰ Sul punto v. la *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in *Gazzetta ufficiale* n. C 372 del 09 dicembre 1997, 5-13 e spec. 5, nt. 1, ove si rileva: “nella valutazione degli aiuti di Stato, l'analisi si incentra sul beneficiario dell'aiuto e sull'industria o sul settore in cui questi opera piuttosto che sull'individuazione dei vincoli concorrenziali ai quali il beneficiario dell'aiuto è soggetto. Ogniquale volta si presenti, il relazione ad un caso specifico, una questione relativa al potere di mercato e, perciò, al mercato rilevante, gli elementi forniti nella presente comunicazione possono essere utilizzati come base anche per l'analisi dei casi relativi ad aiuti di Stato” (corsivo aggiunto).

²²¹ EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 36.

²²² V. le sentenze del Tribunale del 28 febbraio 2002, causa T-155/98, *SIDE c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, II-1179, punto 71 e del 22 febbraio 2006, causa T-34/02, *EURL Le Levant 001 c. Commissione*, spec. punti 123-124.

²²³ V. le conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti nell'ambito del procedimento pendente dinanzi alla Corte di Giustizia e conclusosi con sentenza del 17 settembre 1980, causa C-730/79, c.d. *Philip Morris*, in *Racc.*, 1980, 2671.

riguardo”²²⁴; tuttavia, più recentemente, si riscontrano aperture verso la necessità di accertare la sussistenza di un effettivo *nesso causale* fra la selettività della misura e la (reale) distorsione della concorrenza²²⁵.

Ad ogni modo, rifacendosi ai risultati che emergono dalla casistica giurisprudenziale, può precisarsi che, al fine di qualificare la misura considerata come aiuto di Stato, la duplice condizione rappresentata dalla *incidenza* dell’aiuto medesimo *sugli scambi tra Stati membri* e dalla sua *idoneità ad arrecare un pregiudizio alla libera concorrenza*, non può ritenersi automaticamente soddisfatta laddove: (a) *l’impresa beneficiaria dell’aiuto operi esclusivamente sul mercato nazionale*, posto che il rafforzamento della posizione dell’impresa beneficiaria, quale conseguenza dell’aiuto ricevuto, potrebbe costituire un ostacolo indiretto, per le imprese comunitarie concorrenti, rispetto all’accesso a quel mercato nazionale²²⁶; (b) *l’impresa beneficiaria dell’aiuto operi prevalentemente sul mercato di Paesi terzi*, quando la stretta interdipendenza dei mercati del prodotto non può far escludere aprioristicamente la produzione di un pregiudizio alla concorrenza²²⁷.

Una menzione a parte, invece, merita il profilo relativo all’eventuale idoneità dell’aiuto ad incidere sugli scambi intracomunitari e sulla concorrenza in relazione alla sua *entità*. Si è osservato che “l’entità relativamente esigua di un aiuto, le dimensioni relativamente modeste dell’impresa beneficiaria o la dimensione locale delle attività di quest’ultima non escludono *a priori* l’eventualità che vengano influenzati gli scambi tra Stati membri”²²⁸. Tuttavia, la predetta eventualità non trova campo – senza dubbio - qualora gli aiuti siano “*de minimis*”, e cioè non superino complessivamente, per la medesima impresa (tenuto conto anche di eventuali altri aiuti di cui la stessa abbia

²²⁴ Così EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 37. In giurisprudenza v., per tutte, le sentenze della Corte di Giustizia, 17 settembre 1980, causa C-730/79, c.d. *Philip Morris*, in *Racc.*, 1980, 2671, punti 9-12 e del Tribunale, 29 settembre 2000, causa T-55/99, c.d. *CETM*, in *Racc.*, 2000, II-3207, punto 102.

²²⁵ In tal senso v. la sentenza del Tribunale, relativa ad un caso italiano, del 6 settembre 2006, cause riunite T-304/04 e T-316/04, *Repubblica Italiana et al. c. Commissione*, in *Racc.*, 2006, II, 64 (pubblicazione sommaria). Osservano quindi EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 39, che “una *motivazione generica*, basata sul mero richiamo di principi giurisprudenziali e sulla circostanza che non possano escludersi effetti sugli scambi o sulla concorrenza, non può più ritenersi sufficiente”.

²²⁶ Corte di Giustizia, 13 luglio 1988, causa C-102/87, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, 4067 e Corte di Giustizia, 14 settembre 1994, cause riunite da C-278 a C-280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, I-4103. Sul punto v. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 327.

²²⁷ DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 327 e Corte di Giustizia, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, 1990, I-959.

²²⁸ Così EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 39 e, in giurisprudenza, v. la sentenza del Tribunale del 30 aprile 1998, causa T-214/95, *Vlaams Gewest c. Commissione*, in *Racc.*, 1998, II-717, punto 67.

beneficiario nello stesso periodo), la somma di euro 200.000 nell'arco di tre esercizi finanziari²²⁹.

4. Le deroghe al principio di incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune ex art. 107, parr. 2 e 3, TFUE. Aiuti compatibili di diritto e aiuti potenzialmente compatibili.

Come più sopra già rilevato, il “divieto” di concedere aiuti di Stato (*rectius*: l'*incompatibilità* degli stessi con il mercato comune) ha portata solo *relativa*²³⁰, circostanza confermata dalla stessa lettera del Trattato.

Infatti, a testimonianza di una certa “flessibilità” della disciplina comunitaria in materia, l'art. 107 TFUE, esclusa la “compatibilità” degli aiuti che posseggano (tutti) i requisiti di cui al par. 1, precedentemente esaminati, individua ulteriori due “macro categorie” di aiuti di Stato: (i) al par. 2, gli *aiuti compatibili di diritto*, suddivisi dal diritto UE in tre “micro categorie”; (ii) gli *aiuti che possono considerarsi compatibili* con il mercato interno, salva la valutazione operata sul punto dalla Commissione e dal Consiglio²³¹, nell'ambito dei quali possono identificarsi quattro “micro categorie” “definite” a cui si aggiunge una quinta residuale ed “aperta”.

Nella prima “macro categoria”, e cioè quella degli *aiuti compatibili di diritto* con il mercato interno²³², possono distinguersi, ai sensi dell'art. 107, par. 2, TFUE, quattro ulteriori “micro categorie”:

«a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti²³³;

²²⁹ V. art. 2, par. 2, del il Reg. CE n. 1998/2006 della Commissione del 15 dicembre 2006, *relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti di importanza minore (de minimis)*, in GU n. L 379, del 28 dicembre 2006, 5) e DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 327.

²³⁰ In giurisprudenza v., *inter alia*, Corte di Giustizia, 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI et al. c. La Poste et al.*, in *Racc.*, 1996, I-3547, punto 36. In dottrina v. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 328, ove osserva che “ciò non toglie che si possa parlare, se non di un divieto di aiuti, almeno di un divieto di istituire aiuti che non siano stati autorizzati dalla Commissione ovvero che non soddisfino le condizioni previste da un regolamento di esenzione per categoria”.

²³¹ In particolare, nelle ipotesi di cui (i) all'art. 107, par. 3, lett. e), TFUE, che introduce la possibilità di considerare compatibili anche «le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione» e (ii) all'art. 108, par. 2, co. 3, TFUE, secondo il quale «A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell'articolo 107 o ai regolamenti di cui all'articolo 109, quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione».

²³² Su cui v. la ricostruzione offerta, alla luce della prassi e della giurisprudenza comunitaria, da LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, in *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, 56 ss.

b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali²³⁴;

c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera»²³⁵.

Rispetto a tali “micro categorie” di aiuti “le istituzioni debbono limitarsi a verificare la sussistenza delle condizioni indicate dall’art. 107, par. 2, senza esercitare alcun ulteriore potere discrezionale”²³⁶.

Al contrario, la prudente valutazione della Commissione e, eccezionalmente, del Consiglio²³⁷, risultano essere determinanti ai fini della concessione degli *aiuti che possono considerarsi compatibili* con il mercato interno, che rappresentano la seconda “macro categoria” degli aiuti ivi considerati.

Si è osservato che nell’attuazione della norma di cui al par. 3 dell’art. 107 TFUE (e, prima, dell’art. 87 CE) “la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale il cui esercizio implica valutazioni di ordine economico e sociale da effettuarsi in un contesto comunitario. [...] Nell’esercizio di detto potere, è compito della Commissione

²³³ Rispetto ai quali il pregiudizio alla concorrenza sarebbe escluso dal fatto che il vantaggio è prodotto direttamente in capo ai consumatori: v. sul punto la Decisione della Commissione C(2000)3931 del 29 novembre 2000, in *GUCE* L 89 del 29 marzo 2001, 28 e la sentenza del Tribunale, 5 agosto 2003, cause riunite T-116/01 e T-118/01, *P & O European Ferries (Vizcaya) et al. c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, II, 2957, punto 162 ss.

²³⁴ Su cui v. gli *Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato nel settore agricolo*, in *GUCE* C 28 del 1° febbraio 2000, 2, ove al punto 11.2.1. si osserva: “La prassi costante della Commissione è quella di dare un’interpretazione restrittiva delle nozioni di «calamità naturale» e di «evento eccezionale» di cui all’articolo 87, paragrafo 2, lettera b), del trattato, in quanto esse costituiscono eccezioni al principio generale dell’incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune, sancito dall’articolo 87, paragrafo 1. Finora la Commissione ha considerato come calamità naturali terremoti, valanghe, frane e inondazioni. Tra gli eventi eccezionali sono stati accettati la guerra, i disordini interni e gli scioperi e, con alcune riserve e in funzione della loro estensione, gravi incidenti nucleari o industriali e incendi che causano perdite estese. [...] A causa delle difficoltà di previsione di tali eventi, la Commissione continuerà a valutare caso per caso le proposte di concessione di aiuti a norma dell’articolo 87, paragrafo 2, lettera b), tenendo conto della prassi precedentemente seguita nel settore”. V. sul punto, per più ampi riferimenti, LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, cit., 58 ss.

²³⁵ Su cui v. la sentenza del Tribunale del 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG e Volkswagen Sachsen GmbH c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, II-3663, punto 129 ss. e LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, cit., 60-61.

²³⁶ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 328.

²³⁷ In particolare, come sopra già rilevato nelle ipotesi di cui (i) all’art. 107, par. 3, lett. e), TFUE, che introduce la possibilità di considerare compatibili anche «le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione» e (ii) all’art. 108, par. 2, co. 3, TFUE, secondo il quale «A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all’unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell’articolo 107 o ai regolamenti di cui all’articolo 109, quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione».

provvedere a conciliare gli obiettivi della libera concorrenza e della solidarietà comunitaria, nel rispetto del principio di proporzionalità”²³⁸.

L’art. 107, par. 3, TFUE individua (quelle che abbiamo qualificato come) quattro “micro categorie” “definite” di *aiuti che possono considerarsi compatibili* con il mercato interno, alle quali si aggiunge una quinta, di cui alla lett. e), che abbiamo definito residuale ed “aperta”, e precisamente:

a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;

*b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro*²³⁹;

c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;

d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune;

e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione».

Trovano fondamento nell’ambito tali “micro categorie” di *aiuti potenzialmente compatibili* previste dalla legge, e sono riconducibili ad esse, tre forme di aiuti individuate dalla Commissione nella prassi, e cioè:

²³⁸ V. LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, cit., 61-62, e la giurisprudenza ivi citata.

²³⁹ Si è osservato che “per importante progetto comune di interesse europeo, secondo la Corte di Giustizia, che ha sposato la posizione della Commissione al riguardo, si deve intendere un progetto facente parte di un programma transazionale europeo sostenuto congiuntamente da diversi governi di Stati membri o che si inserisca in un’azione concordata da diversi Stati membri al fine di far fronte a una minaccia comune, come l’inquinamento ambientale”: così LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, cit., 67, rinviando a Corte di Giustizia, 8 marzo 1988, cause riunite 62/87 e 72/87, *Exécutif Régional Wallon c. Commissione*, in *Racc.*, 1988, 1573, punto 22.

Altresì, “il grave turbamento dell’economia di uno Stato membro deve incidere sull’economia nazionale nel suo complesso e non soltanto su singole regioni, aree o specifici settori produttivi e la sua gravità (e conseguente compatibilità col Trattato CE) deve essere valutata con riferimento al contesto comunitario (e non a quello di un singolo Stato membro)”: così LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, cit., 67, rinviando alla Decisione della Commissione 84/508/CEE del 27 giugno 1984, in *GUCE* L 283 del 27 ottobre 1984, 42 ed alla sentenza del Tribunale del 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG e Volkswagen Sachsen GmbH c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, II-3663, punto 167.

- (i) gli aiuti a *finalità regionale*;
- (ii) gli aiuti a *finalità settoriale*;
- (iii) gli aiuti *orizzontali*.

Più precisamente, gli *aiuti a finalità regionale*, possono essere inquadrati sia nella lett. a) dell'art. 107, par. 3 (che fa riferimento agli «aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale») che nella lett. c) («gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse»)²⁴⁰.

Sulla distinzione fra le due ipotesi di deroga²⁴¹ la Commissione, attraverso gli *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale*, dapprima adottati, per il periodo 2000-2006, il 10 marzo 1998²⁴², e successivamente rinnovati per il periodo 2007-2013²⁴³, ha precisato che “gli aiuti a finalità regionale possono svolgere un ruolo efficace solo se utilizzati in modo parsimonioso e proporzionato e se concentrati nelle regioni più svantaggiate dell'Unione europea. In particolare, i massimali di aiuto ammissibili dovrebbero riflettere la gravità relativa dei problemi di sviluppo nelle regioni interessate. Inoltre, i vantaggi degli aiuti in termini di sviluppo di una regione sfavorita devono essere superiori alle distorsioni della concorrenza che ne derivano²⁴⁴. Il peso attribuito ai vantaggi apportati dagli aiuti può variare in funzione della deroga applicata, per cui *una maggiore distorsione della concorrenza può essere accettata nel caso delle regioni più svantaggiate ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 3, lettera a) rispetto a quelle di cui alla lettera c)*”²⁴⁵ (corsivo aggiunto)²⁴⁶.

²⁴⁰ Sul tema degli aiuti a finalità regionale v., *inter alia*, CAMPOGRANDE, *Gli aiuti a finalità regionale in Italia*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1995, 125 ss.; A. FRANCHINI, *Aiuti pubblici e sviluppo del mezzogiorno. Il ruolo della G.E.P.I.*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1995, 117 ss.

²⁴¹ V., *amplius*, LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, cit., 62 ss.

²⁴² In *GUCE* C 74 del 10 marzo 1998, 9, modificati da *GUCE* C 288 del 9.10.1999, 15 e da *GUCE* C 258 del 9.9.2000, 5.

²⁴³ In *GUCE* C 54 del 4 marzo 2006.

²⁴⁴ Cfr. le sentenze della Corte di giustizia, 17 settembre 1980, nella causa C-730/79, *Philip Morris c. Commissione*, in *Racc.*, 1980, 2671, punto 17, e del 14 gennaio 1997, nella causa C-169/95, *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 1997, I-135, punto 20.

²⁴⁵ Cfr. la sentenza del 12 dicembre 1996 del Tribunale di primo grado nella causa T -380/94, *AIUFFASS e AKT c. Commissione*, in *Racc.*, 1996, II-2169, punto 54.

²⁴⁶ V., di recente, anche l'articolo 13 (*Aiuti regionali agli investimenti e all'occupazione*) del Regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato (regolamento generale di esenzione per categoria), in particolare dai commi 1 a 3, ove si precisa: “1. I regimi di aiuti

Quanto agli *aiuti a finalità settoriale*, si è rilevato che essi sono preordinati a “favorire lo sviluppo di particolari settori di attività bisognosi di sostegno, per superare difficoltà di tipo strutturale”²⁴⁷, e sono stati concessi, a titolo esemplificativo, nei settori navale²⁴⁸, automobilistico e siderurgico.

Più di recente, si segnalano gli interventi a sostegno della crisi del settore finanziario (di cui si dirà meglio *infra*), disciplinati, in particolare, a) dalla Comunicazione della Commissione - *L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale*²⁴⁹ e, da ultimo, b) dalla Comunicazione della Commissione *relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2012, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria*²⁵⁰, ed entrambi basati sulla esenzione di cui alla lett. c) del par. 3, art. 107 TFUE²⁵¹.

Degna di rilievo, infine, è l'ultima “forma” di aiuti *potenzialmente compatibili* che emerge dalla prassi, *i.e.* gli *aiuti orizzontali*, “rivolti a favorire obiettivi di specifico interesse dell'Unione”²⁵² e la cui applicazione prescinde dal riferimento ad un dato contesto regionale e/o settoriale.

regionali agli investimenti e all'occupazione sono compatibili con il mercato comune ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 3, del trattato e sono esenti dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 88, paragrafo 3, del trattato, purché siano soddisfatte le condizioni stabilite dal presente articolo. Gli aiuti ad hoc intesi unicamente ad integrare gli aiuti concessi in base a regimi di aiuti regionali agli investimenti e all'occupazione che non superino il 50 % dell'aiuto totale destinato all'investimento sono compatibili con il mercato comune ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 3, del trattato e sono esenti dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 88, paragrafo 3, del trattato, purché detti aiuti ad hoc concessi soddisfino tutte le condizioni di cui al presente regolamento. 2. Gli aiuti vengono concessi in regioni ammissibili ad aiuti regionali, come stabilito nella carta degli aiuti a finalità regionale approvata per lo Stato membro in questione per il periodo 2007-2013. L'investimento deve essere mantenuto nella regione beneficiaria per almeno cinque anni, o per tre anni nel caso di PMI, una volta completato l'intero investimento. Ciò non osta alla sostituzione di impianti o attrezzature divenuti obsoleti a causa del rapido cambiamento tecnologico, a condizione che l'attività economica venga mantenuta nella regione interessata per il periodo minimo previsto. 3. L'intensità degli aiuti in equivalente sovvenzione lordo riferito al presente non supera la soglia prevista per gli aiuti a finalità regionale al momento della concessione dell'aiuto nella regione assistita interessata.

²⁴⁷ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 330.

²⁴⁸ V. la *Disciplina degli aiuti di Stato alla costruzione navale*, in *GUCE* n. C 346 del 14 novembre 2011, 9.

²⁴⁹ In *GUCE* n. C 270 del 25 ottobre 2008, 8.

²⁵⁰ In *GUCE* n. C 356 del 6 dicembre 2011, 7.

²⁵¹ Sul tema v., *inter alia*, BESTAGNO, *Gli aiuti di Stato in tempi di crisi: il sostegno all'economia reale tra misure nazionali e piano europeo di ripresa*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, a cura di A. Ligustro e G. Sacerdoti, Napoli, 2011, 691 ss.; DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 107 ss.; F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 335 ss.; SOLTESZ-VON KÖCKRITZ, *From State aid control to the regulation of the European banking system: DG Comp and the restructuring of banks*, in *Eur. Comp. Journ.*, 2010, 285 ss.

²⁵² Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 331.

Da segnalare, in tema, poiché di primario interesse ai fini della nostra analisi, gli *aiuti per il salvataggio delle imprese in crisi*, disciplinati con Comunicazione della Commissione - *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*²⁵³.

7.7. (Segue) Gli “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà”. Prospettive di riforma nell’ambito del processo di “modernizzazione degli aiuti di Stato”.

Attraverso gli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà* del 2004²⁵⁴ (di seguito anche gli “Orientamenti”), la Commissione “ha «codificato» in modo organico la propria posizione in materia di aiuti di Stato concessi alle imprese in difficoltà”²⁵⁵.

²⁵³ In GUCE n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2.

²⁵⁴ Come si legge nella *Comunicazione della Commissione relativa alla proroga degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà* (2009/C 156/02), a fronte della scadenza degli Orientamenti del 2004 alla data del 9 ottobre 2009, la Commissione ha precisato: “La crisi economica ha creato una situazione economica difficile ed instabile. Tenuto conto della necessità di garantire continuità e certezza del diritto nel trattamento degli aiuti di Stato a favore delle imprese che si trovano in difficoltà finanziarie, la Commissione ha deciso di estendere la validità degli orientamenti comunitari attualmente in vigore sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà fino al 9 ottobre 2012”.

Successivamente, con *Comunicazione della Commissione relativa alla proroga dell'applicazione degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà, del 1° ottobre 2004*, del 2 ottobre 2012, (2012/C 296/02), alla luce del fatto che: a) “nella comunicazione dell’8 maggio 2012 sulla modernizzazione degli aiuti di Stato dell’UE, la Commissione ha definito un ambizioso programma di riforme in materia di aiuti di Stato. Le proposte di riforma comprendono l’individuazione di principi comuni per la valutazione della compatibilità degli aiuti con il mercato interno. È prevista inoltre la revisione e razionalizzazione dei vari orientamenti e discipline in modo da renderli coerenti con tali principi comuni”, b) “la revisione degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà va collocata nel contesto del processo generale di modernizzazione delle norme in materia di aiuti di Stato”. La Commissione, nella medesima Comunicazione ha precisato che: “al fine di non pregiudicare gli esiti delle discussioni orizzontali sulla modernizzazione degli aiuti di Stato, la Commissione ha deciso di continuare ad applicare gli attuali orientamenti fino a quando non saranno sostituiti dalle nuove norme sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà”.

Gli Orientamenti del 2004 sono stati preceduti dagli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà* del 1999, in GUCE C 288 del 9 ottobre 1999 e, prima ancora (oltre che dalle modifiche del 1997, in GUCE C 283 del 19 settembre 1997, 2, relative al settore agricolo) dagli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà* del 1994 (la prima versione di tali orientamenti), in GUCE C 368, del 23 dicembre 1994, 12. Sul tema v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, in *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, 136-137; DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 237 ss.; LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, cit., 76 ss.; ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, in *Il diritto privato dell’Unione Europea*, a cura di Tizzano, Torino, 2006, 1693 ss.

²⁵⁵ Così D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. comm. Int.*, 2004, 92.

Occorre premettere, tuttavia, che la materia è in forte evoluzione, specie in conseguenza della crisi economico-finanziaria: tale circostanza è confermata dalla stessa Commissione attraverso la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni* dell'8 maggio 2012, recante il titolo “*Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*”²⁵⁶, processo di modernizzazione nell'ambito del quale è prevista, *inter alia*, proprio la «revisione e razionalizzazione degli orientamenti in materia di aiuti di Stato in modo da renderli coerenti con [i] principi comuni».

Nella medesima Comunicazione la Commissione ha altresì precisato che (a) «la versione rivista degli orientamenti sugli aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione per le imprese non finanziarie sarà uno strumento molto importante per controllare un tipo di aiuti molto distorsivi onde garantire che il processo di mercato che determina l'uscita dell'impresa dal mercato venga interrotto da un intervento dello Stato solo in casi realmente giustificati»; (b) «se le condizioni di mercato lo consentiranno, verrà predisposta per il contesto post-crisi una nuova serie di norme per il salvataggio e la ristrutturazione delle istituzioni finanziarie, in linea con le future proposte di gestione e la risoluzione della crisi a livello di UE. Infine, l'individuazione delle migliori pratiche per quanto riguarda le priorità di spesa di Europa 2020 dovrebbe consentire un'analisi rapida degli aiuti che hanno un buon rapporto costi/benefici e che stimolano la crescita».

Ad ogni modo, «al fine di non pregiudicare gli esiti delle discussioni orizzontali sulla modernizzazione degli aiuti di Stato, la [stessa] Commissione ha deciso di continuare ad applicare gli attuali orientamenti fino a quando non saranno sostituiti dalle nuove norme sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà»²⁵⁷.

Pertanto il contesto normativo di riferimento in tema di Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà rimane, per il momento, ancora quello del 2004.

²⁵⁶ Reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>, e alla quale ha fatto seguito la risoluzione adottata dal Parlamento Europeo il 17 gennaio 2013 (*European Parliament Resolution on State Aid Modernisation*), reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu>.

²⁵⁷ V. *Comunicazione della Commissione relativa alla proroga dell'applicazione degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà, del 1° ottobre 2004*, del 2 ottobre 2012, (2012/C 296/02).

7.8. (Segue) I principi di cui agli “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà”.

Venendo all'analisi degli Orientamenti, occorre in primo luogo far luce sull'approccio adottato dalla Commissione nella trattazione della materia.

Invero, nell'Introduzione agli Orientamenti, la Commissione chiarisce subito che «l'uscita delle imprese inefficienti rientra nel normale funzionamento del mercato. La norma non può essere che un'impresa in difficoltà venga salvata dallo Stato. Gli aiuti per le operazioni di salvataggio e di ristrutturazione, oltre ad essere stati in passato all'origine di alcuni tra i più controversi casi di aiuti di Stato, figurano tra i tipi di aiuti di Stato che presentano i maggiori effetti distorsivi. Pertanto, il principio generale del divieto di aiuti di Stato sancito dal trattato deve rimanere la regola e le deroghe a tale principio dovrebbero essere limitate».

Conseguentemente, la Commissione prosegue (ancora nell'Introduzione) precisando che, rispetto alle precedenti versioni degli Orientamenti (in particolare, quella del 1999²⁵⁸): (i) *«il principio dell' «aiuto una tantum» viene ulteriormente rafforzato, [proprio] per impedire che si ricorra alla concessione ripetuta di aiuti per il salvataggio o per la ristrutturazione per tenere artificialmente in vita le imprese»* (corsivo aggiunto); (ii) *«gli orientamenti del 1999 distinguono tra aiuti per il salvataggio e aiuti per la ristrutturazione: gli aiuti per il salvataggio sono definiti come un'assistenza temporanea intesa a mantenere in attività un'impresa in difficoltà per il periodo necessario a elaborare un piano di ristrutturazione e/o di liquidazione. In linea di principio, nel corso di tale periodo non potrebbe essere adottata alcuna misura di ristrutturazione finanziata tramite aiuti di Stato. Tuttavia, questa rigida distinzione tra salvataggio e ristrutturazione ha creato alcune difficoltà. Le imprese in difficoltà potrebbero aver bisogno di adottare, già nella fase del salvataggio, urgenti misure strutturali per arrestare o rallentare il peggioramento della situazione finanziaria. Pertanto, i presenti orientamenti ampliano la nozione di «aiuti per il salvataggio», in modo da permettere al beneficiario di adottare altresì misure urgenti, anche di carattere strutturale, quali la chiusura immediata di una filiale o altre forme di cessazione di attività in perdita. Dato il carattere urgente di tali aiuti, gli Stati membri dovrebbero*

²⁵⁸ *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà* del 1999, in GUCE C 288 del 9 ottobre 1999 preceduti (oltre che dalle modifiche del 1997, in GUCE C 283 del 19 settembre 1997, 2, relative al settore agricolo) dagli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà* del 1994 (la prima versione di tali orientamenti), in GUCE C 368, del 23 dicembre 1994, 12.

poter optare per una procedura semplificata per l'ottenimento della relativa autorizzazione» (corsivo aggiunto); (iii) «per quanto riguarda gli *aiuti per la ristrutturazione*, gli orientamenti del 1999, al pari degli orientamenti del 1994, esigono un contributo cospicuo da parte del beneficiario della ristrutturazione. Nel quadro del presente riesame degli orientamenti, *occorre riaffermare con ancora maggiore chiarezza il principio che il contributo deve essere reale e non deve contenere elementi di aiuto*. Il contributo del beneficiario *ha un duplice obiettivo*: da una parte, serve a *dimostrare che i mercati* (proprietari, creditori) *credono nella possibilità del ritorno alla redditività entro un periodo di tempo ragionevole*. Dall'altra, *garantisce che l'aiuto per la ristrutturazione sia limitato al minimo indispensabile per ripristinare la redditività dell'impresa, minimizzando le distorsioni della concorrenza*. A questo scopo, la Commissione esigerà anche misure compensative per ridurre al minimo gli effetti sui concorrenti» (corsivo aggiunto); (iv) *la concessione alle imprese in difficoltà di aiuti per il salvataggio o per la ristrutturazione può essere considerata legittima solo a determinate condizioni*. Essa può essere giustificata, ad esempio, per ragioni di politica sociale o regionale, perché occorre tener conto dei positivi effetti economici dell'attività delle piccole e medie imprese (PMI), o ancora, in via eccezionale, perché può essere auspicabile conservare una struttura di mercato concorrenziale nel caso in cui la scomparsa di imprese possa determinare una situazione di monopolio o di oligopolio ristretto. D'altra parte, *non sarebbe giustificato tenere artificialmente in vita un'impresa in un settore in cui si registra una sovracapacità strutturale di lungo periodo, o qualora l'impresa sopravviva solo grazie all'intervento ripetuto dello Stato*» (corsivo aggiunto).

7.9. (Segue). Le “regole” di cui agli “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà”.

Giungendo alle “regole” contenute negli Orientamenti, la Commissione, in primo luogo, «ritiene che un'impresa sia *in difficoltà* quando essa non sia in grado, con le proprie risorse o con le risorse che può ottenere dai proprietari/azionisti o dai creditori, di contenere perdite che, in assenza di un intervento esterno delle autorità pubbliche, la

condurrebbero quasi certamente al collasso economico, nel breve o nel medio periodo»²⁵⁹ (corsivo aggiunto).

In particolare, a prescindere dalle sue dimensioni, un'impresa è in linea di principio considerata in difficoltà, ai fini degli Orientamenti, nei seguenti casi:

«a) nel caso di società a responsabilità limitata²⁶⁰, qualora abbia perso più della metà del capitale sociale²⁶¹ e la perdita di più di un quarto di tale capitale sia intervenuta nel corso degli ultimi dodici mesi, o

b) nel caso di società in cui almeno alcuni soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società²⁶², qualora abbia perso più della metà dei fondi propri, quali indicati nei conti della società, e la perdita di più di un quarto del capitale sia intervenuta nel corso degli ultimi dodici mesi, o

c) per tutte le forme di società, qualora ricorrano le condizioni previste dal diritto nazionale per l'apertura nei loro confronti di una procedura concorsuale per insolvenza»²⁶³.

Tuttavia, anche nelle ipotesi in cui non sussista alcuna delle condizioni su illustrate, «un'impresa può comunque essere considerata in difficoltà in particolare quando siano presenti i sintomi caratteristici di un'impresa in difficoltà, quali il livello crescente delle perdite, la diminuzione del fatturato, l'aumento delle scorte, la sovracapacità, la diminuzione del flusso di cassa, l'aumento dell'indebitamento e degli oneri per interessi, nonché la riduzione o l'azzeramento del valore netto delle attività».

In ogni caso, la concessione di aiuti per il salvataggio o per la ristrutturazione, ai sensi degli Orientamenti, è riconosciuta solo previa verifica della incapacità dell'impresa di riprendersi con le proprie forze o con i finanziamenti ottenuti dai suoi proprietari/azionisti o da altre fonti sul mercato ed è comunque esclusa per le *imprese di*

²⁵⁹ Par. 2.1. (*Nozione di impresa in difficoltà*), punto 9, della Comunicazione della Commissione - *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, in GUCE n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2.

²⁶⁰ «Ci si riferisce in particolare alle forme di società di cui all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 78/660/CEE del Consiglio (GU L 222 del 14.8.1978, pag. 11), modificata da ultimo dalla direttiva 2003/51/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 178 del 17.7.2003, pag. 16)».

²⁶¹ «Per analogia con le disposizioni dell'articolo 17 della direttiva 77/91/CEE del Consiglio (GU L 26 del 30.1.1977, pag. 1), modificato da ultimo dall'atto di adesione 2003».

²⁶² «Ci si riferisce in particolare alle forme di società che figurano all'articolo 1, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 78/660/CEE del Consiglio». Sul punto v. anche il caso Aiuto di Stato N. 91/2005, Decisione del 7 giugno 2005, C(2005) 1645 fin.

²⁶³ Par. 2.1. (*Nozione di impresa in difficoltà*), punto 10, della Comunicazione della Commissione - *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, in GUCE n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2.

*recente costituzione*²⁶⁴, nemmeno nel caso in cui la sua situazione finanziaria iniziale sia precaria. «In linea di principio, un'impresa viene considerata di recente costituzione nel corso dei primi 3 anni dall'avvio dell'attività nel settore interessato. Solo dopo tale periodo l'impresa può essere ammessa a beneficiare di aiuti per il salvataggio o per la ristrutturazione, a condizione che:

- a) sia un'impresa in difficoltà ai sensi [degli] orientamenti, e
- b) non faccia parte di un gruppo più grande²⁶⁵, se non alle condizioni fissate al punto 13»²⁶⁶ degli Orientamenti²⁶⁷.

Venendo alla distinzione fra *aiuti per il salvataggio* e *aiuti per la ristrutturazione* - che la Commissione considera obbedire a meccanismi diversi ma rappresentare spesso due aspetti di una medesima operazione²⁶⁸ - occorre precisare che:

(i) *gli aiuti per il salvataggio* «sono, per loro stessa natura, una forma di assistenza temporanea e reversibile. Il loro obiettivo principale è quello di consentire di mantenere in attività un'impresa in difficoltà per il tempo necessario a elaborare un piano di ristrutturazione o di liquidazione. Come principio generale, gli aiuti per il salvataggio consentono di sostenere temporaneamente un'impresa che si trovi a dover affrontare un grave deterioramento della sua situazione finanziaria, che si manifesta in un'acuta crisi di liquidità o nell'insolvenza tecnica. Un tale sostegno temporaneo deve consentire di guadagnare tempo per analizzare le circostanze all'origine delle difficoltà e per elaborare un piano idoneo a porvi rimedio. Inoltre, gli aiuti per il salvataggio devono essere limitati al minimo necessario. In altre parole, l'aiuto per il salvataggio offre una

²⁶⁴ Sulla nozione di *impresa di recente costituzione*, v. le Decisioni della Commissione, 2005/90/CE, del 20 aprile 2004, in GUUE L 31 del 4 febbraio 2005, 44 e 2005/314/CE del 22 settembre 2004, in GUUE L 100 del 20 aprile 2005, 26. V. altresì, in dottrina, LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, cit., 77 e D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 92.

²⁶⁵ «Per determinare se una società sia indipendente o faccia parte di un gruppo, si applicano i criteri di cui all'allegato I del regolamento (CE) della Commissione n. 68/2001 (GU L 10 al 13.1.2001, pag. 20), modificato dal regolamento (CE) n. 363/2004 (GU L 63 del 28.2.2004, pag. 20)».

²⁶⁶ Par. 2.1. (*Nozione di impresa in difficoltà*), punto 12, della Comunicazione della Commissione - *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, in GUCE n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2.

²⁶⁷ Il punto 13 degli Orientamenti recita: «Un'impresa facente parte di un gruppo più grande, o che viene da esso rilevata, non può, in linea di massima, beneficiare di aiuti per il salvataggio o per la ristrutturazione, salvo qualora si possa dimostrare che le difficoltà sono difficoltà intrinseche all'impresa in questione, che non risultano dalla ripartizione arbitraria dei costi all'interno del gruppo e che sono troppo gravi per essere risolte dal gruppo stesso. Qualora un'impresa in difficoltà crei un'affiliata, l'affiliata e l'impresa in difficoltà sua controllante vengono considerate un gruppo e hanno titolo a ricevere aiuti alle condizioni fissate nel presente punto».

²⁶⁸ V. Par. 2.2. (*Definizione di aiuti per il salvataggio e di aiuti per la ristrutturazione*), punto 14, della Comunicazione della Commissione - *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, in GUCE n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2.

breve tregua, non superiore a 6 mesi, alle imprese in difficoltà. L'aiuto deve consistere in un sostegno finanziario reversibile, in forma di garanzie sui prestiti o di prestiti ad un tasso di interesse almeno equivalente ai tassi praticati sui prestiti concessi ad imprese sane e, in particolare, ai tassi di riferimento adottati dalla Commissione. Le misure strutturali che non richiedono un intervento immediato, quali ad esempio la partecipazione irreversibile e automatica dello Stato nei fondi propri dell'impresa, non possono essere finanziate con aiuti per il salvataggio»²⁶⁹;

(ii) «una volta che sia stato elaborato e attuato il piano di ristrutturazione o di liquidazione per il quale l'aiuto è stato richiesto, tutti gli aiuti successivi vengono considerati come *aiuti per la ristrutturazione*»²⁷⁰. «La ristrutturazione [...] si basa su un piano realizzabile, coerente e di ampia portata, volto a ripristinare la redditività a lungo termine dell'impresa. La ristrutturazione comporta generalmente uno o più dei seguenti elementi: la riorganizzazione e la razionalizzazione delle attività aziendali su una base di maggiore efficacia, che implica, in genere, l'abbandono delle attività non più redditizie, la ristrutturazione delle attività che possono essere riportate a livelli competitivi e, talvolta, la diversificazione verso nuove attività redditizie. Di norma la ristrutturazione industriale deve essere accompagnata da una ristrutturazione finanziaria (apporto di capitali, riduzione dell'indebitamento). Tuttavia, ai sensi dei presenti orientamenti, la ristrutturazione non può limitarsi solo ad un aiuto finanziario volto a colmare le perdite pregresse, senza intervenire sulle cause di tali perdite»²⁷¹.

Infine, con riguardo alla *compatibilità* degli aiuti concessi per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà *con il mercato comune* - fermo restando l'obbligo di previa notifica alla Commissione di entrambe le categorie di aiuti in

²⁶⁹ Par. 2.2. (*Definizione di aiuti per il salvataggio e di aiuti per la ristrutturazione*), punto 15, della Comunicazione della Commissione - *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, in GUCE n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2. Sul punto v. anche Aiuto di Stato N. 703/B/2002, Decisione della Commissione del 19 marzo 2003, C(2003)786fin.

²⁷⁰ Par. 2.2. (*Definizione di aiuti per il salvataggio e di aiuti per la ristrutturazione*), punto 16, della Comunicazione della Commissione - *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, in GUCE n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2, che prosegue: «Le misure da attuare immediatamente per contenere le perdite, ivi comprese le misure strutturali (ad esempio, il ritiro immediato da settori di attività in perdita), possono essere adottate tramite aiuti per il salvataggio, conformemente alle condizioni menzionate alla sezione 3.1 per gli aiuti individuali e alla sezione 4.3 per i regimi di aiuti. Tranne che in caso di ricorso alla procedura semplificata di cui alla sezione 3.1.2, lo Stato membro deve dimostrare la necessità dell'attuazione immediata delle misure strutturali. Di norma un aiuto per il salvataggio non può essere concesso per la ristrutturazione finanziaria».

²⁷¹ Par. 2.2. (*Definizione di aiuti per il salvataggio e di aiuti per la ristrutturazione*), punto 17, della Comunicazione della Commissione - *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, in GUCE n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2.

questione, in quanto trattasi di *aiuti nuovi*²⁷², soggetti al c.d. obbligo di *standstill*²⁷³ - la Commissione precisa: «L'articolo 87, paragrafi 2 e 3, del trattato [oggi art. 107, parr. 2 e 3, TFUE] prevede che gli aiuti che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1 [oggi art. 107, par 1, TFUE] possano essere considerati compatibili con il mercato comune. Gli aiuti a favore delle imprese in difficoltà - eccezion fatta per gli aiuti di cui all'articolo 87, paragrafo 2 [oggi art. 107, par 2, TFUE], ossia gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali o da altri eventi eccezionali, che non rientrano nell'ambito dei presenti orientamenti - possono essere considerati compatibili unicamente in virtù dell'articolo 87, paragrafo 3, lettera c). Ai sensi di detta disposizione la Commissione può autorizzare «gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività (...), sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse». Ciò potrebbe verificarsi in particolare nel caso in cui l'aiuto fosse necessario per correggere disparità dovute a carenze del mercato o per assicurare la coesione economica e sociale»²⁷⁴.

5. L'evoluzione della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e del concetto di “interesse comunitario”. L'attuale esigenza di contemperamento fra “valori di mercato” e “fini sociali”.

Così delineato il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento in tema di aiuti di Stato, non può tralasciarsi di considerare che l'evoluzione della “tutela della concorrenza” nel diritto dell'Unione Europea (della quale si è ampiamente trattato, in particolare, nel primo capitolo del presente lavoro), si è inevitabilmente riflessa anche

²⁷² L'art. 1, lett. b), Reg. n. 659/99 cit., consente di distinguere gli *aiuti esistenti*, e cioè gli aiuti individuali o regimi di aiuti «ai quali è stata data esecuzione prima dell'entrata in vigore del trattato e che sono ancora applicabili dopo tale entrata in vigore», dagli *aiuti nuovi*, che sono tutti gli aiuti individuali o i regimi di aiuti che non possono essere qualificati come *esistenti* nel senso sopra detto.

²⁷³ V. art. 108, par. 3, TFUE ed art. 3, Reg. n. 659/99 cit., in base ai quali gli Stati membri sono obbligati ad attendere la “decisione finale” della Commissione prima di dare esecuzione all'aiuto notificato a quest'ultima.

²⁷⁴ Par. 2.4. (*Compatibilità con il mercato comune*), punto 19, della Comunicazione della Commissione - *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, in GUCE n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2.

Sulla concreta disamina dei requisiti di cui debbono disporre gli aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione al fine di ottenere l'autorizzazione della Commissione, alla luce della giurisprudenza e della prassi della Commissione, v. LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, cit., 78-80.

sulla disciplina in tema di aiuti di Stato e sull'attuazione (evolutiva) della stessa nel mercato comune.

Invero, il processo di *rafforzamento della dimensione sociale europea a scapito della concorrenza*, che “non figura più fra i fini dell’Unione, ma solo come strumento dell’azione comunitaria”²⁷⁵, e quindi il perseguimento di una politica economica ispirata “ai dettami di un’economia sociale di mercato”²⁷⁶ (secondo il linguaggio recepito a Lisbona), che contempera valori di mercato e fini sociali”²⁷⁷, ha comportato la mutazione del concetto di *interesse comunitario*, preordinato alla differenziazione fra aiuti vietati e aiuti ammessi²⁷⁸.

Infatti, tale differenziazione in precedenza “si identificava con una rigorosa (talora astratta) tutela delle regole concorrenziali; l’attenzione si concentrava essenzialmente sugli aspetti negativi degli aiuti, sugli effetti (anche solo potenzialmente) lesivi della concorrenza. Ora si attribuisce uguale peso agli effetti pro-concorrenziali; e si riconosce che questi possono essere prevalenti in una serie di casi (misure a favore delle pmi, degli investimenti, del capitale di rischio, della ricerca, dell’innovazione). Ma vi è anche qualcosa di aggiuntivo e diverso. *L’interesse comunitario non si identifica più in modo esclusivo con il mercato e la concorrenza ma si estende alle finalità sociali ormai stabilmente recepite nel diritto dell’Unione*. La politica europea della concorrenza non può andare disgiunta dalle politiche sociali in materia di occupazione, salute, ambiente, coesione territoriale. Il bilanciamento tra effetti positivi e negativi degli aiuti deve tenere conto anche di queste altre politiche”²⁷⁹ (corsivo aggiunto).

²⁷⁵ Così TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 8; ma v. *amplius*, LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 191 ss.; ID., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit., 3296 ss.

²⁷⁶ Su cui v., per tutti, MICCÙ, *L’economia sociale di mercato come nuovo “principio-speranza”? : diritti fondamentali e politiche sociali in un sistema costituzionale ‘multilivello’*, cit., *passim* e, da ultimo, ID., *Economia e Costituzione. La costituzione economica nell’ordinamento composito europeo*, cit., *passim*.

²⁷⁷ TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 11. In senso conforme, SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l’Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, cit., 17.

²⁷⁸ In questo senso TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 10.

²⁷⁹ TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 10, che rinvia, a proposito delle richiamate “politiche sociali”, al *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, 7 giugno 2005, COM (2005) 107 def.

5.1. (Segue). Dall'applicazione "marginale" della disciplina sugli aiuti di Stato al "riequilibrio nei rapporti tra regole di mercato ed interessi generali"²⁸⁰. L'insorgere dell'attuale crisi economico-finanziaria.

Il su descritto mutamento del concetto stesso di interesse comunitario rappresenta, tuttavia, il punto di approdo di un complesso percorso evolutivo che si contraddistingue per l'avvicinarsi di più fasi "storiche", e nell'ambito del quale (percorso), peraltro, l'attuale crisi economico-finanziaria ha giocato un ruolo significativo, sia per gli interventi a sostegno della stessa – derogatori rispetto al "divieto" di concedere aiuti di Stato - promossi dalla Commissione²⁸¹, che ci apprestiamo ad esaminare, sia per l'incidenza che il contesto della crisi ha avuto sul processo – ancora in corso - di "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato²⁸² (di cui si dirà meglio *infra*), sul presupposto che «la crisi economica e finanziaria ha rischiato di compromettere l'integrità del mercato unico e ha aumentato i rischi di reazioni anticoncorrenziali [...]; con la crisi è [altresì] aumentato il divario tra gli Stati membri per quanto riguarda i margini di manovra per finanziare le proprie politiche»²⁸³.

Invero, il richiamato percorso evolutivo²⁸⁴ è contrassegnato, nella sua prima fase (che va sino alla fine degli anni '70 del secolo scorso), da "un'applicazione marginale delle norme comunitarie in tema di aiuti [...]: l'instaurazione del mercato comune è da

²⁸⁰ Così TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 8.

²⁸¹ Cfr. le Comunicazioni della Commissione Europea, inerenti il *sistema finanziario*, del 13 ottobre 2008 (Comunicazione CE n. 2008/C 270/02 – "L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale"); del 5 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 10/03 – "La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza"); del 25 febbraio 2009 (Comunicazione CE n. 2009/C 72/01 – "concernente il trattamento degli attivi svalutati nel settore bancario della Comunità"). Con più generale riguardo all'*economia reale*, cfr. invece la Comunicazione della Commissione Europea del 17 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 16/01 – "Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica"), parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 (che "modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica"): il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1.

²⁸² Cfr. la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni* dell'8 maggio 2012, recante il titolo "Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE", reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>, e alla quale ha fatto seguito la risoluzione adottata dal Parlamento Europeo il 17 gennaio 2013 (*European Parliament Resolution on State Aid Modernisation*), reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu>.

²⁸³ Così la Commissione nella richiamata Comunicazione "Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE", reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁸⁴ Ben descritto da TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 3 ss., al quale si rinvia per più ampi riferimenti ed approfondimenti.

un lato un processo ancora *in fieri*, dall'altro si scontra con regimi nazionali di aiuto consolidati nel tempo e difficili da scalfire. Inoltre le gravi turbolenze economiche e finanziarie degli anni settanta, [...] contribuiscono ad intensificare gli interventi statali a sostegno delle imprese e dell'occupazione"²⁸⁵.

Nella fase successiva, identificabile nel periodo intercorrente tra gli anni '80 e '90 del '900, la situazione muta radicalmente e si contraddistingue per una crescente applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato: "aumentano in maniera considerevole le misure di aiuto notificate, si moltiplicano le procedure aperte dalla Commissione e le decisioni negative, come pure i progetti modificati o ritirati per evitare un esito di questo tipo. Frequenti sono i casi portati davanti alla Corte comunitaria e le pronunce rese da quest'ultima. [...] Alla base del nuovo indirizzo si ritrova una *mutata concezione dei rapporti fra interessi nazionali e interesse europeo*. I primi, anche se ispirati da ragionevoli finalità sociali, non sono ritenuti sufficienti a giustificare un aiuto; *per essere legittimo, l'aiuto deve rispondere al superiore interesse comunitario, che si identifica con il corretto funzionamento delle regole di mercato*. E' questo lo strumento che la Commissione rivendica come prioritario per risolvere i problemi della crescita e dell'occupazione, non l'assistenzialismo statale, i cui benefici sono giudicati di breve durata e rischiano di spostare le difficoltà su un altro Stato membro"²⁸⁶ (corsivo aggiunto).

Si giunge così alla terza fase (quella attuale, se si guarda al contesto normativo di riferimento) del percorso evolutivo della disciplina sugli aiuti di Stato, collocabile nella seconda metà degli anni '90 e sopra richiamata, caratterizzata da un "riequilibrio nei rapporti tra regole di mercato ed interessi generali"²⁸⁷, alla luce delle innovazioni – di cui si è già dato conto nel primo capitolo - introdotte, da ultimo, con il Trattato di Lisbona del 2007²⁸⁸.

²⁸⁵ TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 3-4. Con particolare riguardo alla situazione italiana, v. altresì GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AA. VV., *La costituzione economica*, Padova, 1997, *passim*.

²⁸⁶ TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 5-7, il quale evidenzia che in questa fase la Commissione, con l'avallo della Corte di Giustizia, sviluppa il c.d. *criterio dell'investitore privato*: cfr. sul punto, le sentenze della Corte di Giustizia del 21 marzo 1991, causa C-305/89, *IRI-Alfa Romeo*, in *Racc.*, 1991, 1603 ss. e causa C-303/88, *ENI-Lanerossi*, in *Racc.*, 1991, 1433 ss.; del 6 luglio 1982, cause riunite C-188-190/80, *Repubblica francese et al. c. Commissione*, in *Racc.*, 2545; nonché la Comunicazione della Commissione del settembre 1984, *Applicazione degli artt. 92 e 93 del trattato CE alla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese*, in *Boll. CE* 9-1984.

²⁸⁷ Così TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 8.

²⁸⁸ Il riferimento va, in particolare, al nuovo art. 3 (testo consolidato) del TUE: si è in precedenza osservato, rinviando a LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 194, che la soppressione del riferimento alla concorrenza nell'art. 3 del Trattato deve essere piuttosto letta come un "rifiuto di posizioni liberistiche estreme" (per le quali l'intervento dello Stato dovrebbe limitarsi esclusivamente a poche funzioni

Si è osservato che, in questa fase, si assiste “ad un riposizionamento dell’intera disciplina comunitaria sugli aiuti. Alcune attività prima ricondotte sotto la nozione di impresa²⁸⁹, ora ne vengono escluse per il loro carattere sociale e solidaristico, con conseguente sottrazione alle norme di concorrenza. Il concetto di pregiudizio agli scambi intracomunitari – un elemento costitutivo dell’aiuto illegittimo – si restringe per tenere conto della produzione di beni e servizi non facilmente commerciabili. Grazie ai nuovi regolamenti di esenzione per categoria²⁹⁰ si allarga notevolmente il campo degli interventi pubblici che possono essere attuati senza preventiva notifica e assenso della Commissione (aiuti per la ricerca, occupazione, ambiente, formazione, Pmi sotto la soglia *de minimis*). Ancora, il rapporto tra aiuti incompatibili e compatibili non è più come regola ed eccezione, quest’ultima da interpretarsi in modo restrittivo. Sono piuttosto due categorie complementari, che vanno valutate in base a criteri flessibili, bilanciando effetti positivi e negativi delle singole misure”²⁹¹.

In tale mutato contesto di fondo, che si innesta nella “dimensione sociale dell’Europa già delineata a Maastricht (1992)”²⁹² ed ulteriormente rinforzata attraverso il Trattato di Amsterdam del 1997, interviene l’attuale gravissima crisi finanziaria e dell’economia reale a livello globale, che ha origine nel 2006 negli Stati Uniti e culmina, ai suoi massimi livelli, anche in Europa, nel 2008: profonda crisi che spinge le istituzioni comunitarie, in un’ottica di coordinamento e regolazione preventiva degli interventi nazionali²⁹³, ad autorizzare misure derogatorie di sostegno alle istituzioni finanziarie e di finanziamento dell’economia reale²⁹⁴.

pubbliche, come la difesa militare e la repressione dei reati penali più gravi), senza che ciò comporti l’implicita legittimazione di qualsivoglia intervento di tipo dirigitico (specie quegli interventi dei poteri pubblici finalizzati alla tutela di imprese già consolidate sul mercato, a danno di altre): la sintesi di tale chiave di lettura sarebbe da rinvenire nel riferimento esplicito alla volontà di conseguire uno sviluppo sostenibile dell’Europa fondato, *inter alia*, su di «un’economia sociale di mercato fortemente competitiva».

²⁸⁹ Su cui v. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 193 ss.

²⁹⁰ Raccolti ed armonizzati nel Regolamento CE n. 800/2008, del 6 agosto 2008, *Regolamento generale di esenzione per categoria*, in G.U. n. L 214 del 9 agosto 2008.

²⁹¹ Così TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 9.

²⁹² TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 8. In senso conforme, SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l’Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, cit., 17.

²⁹³ Per un’analisi comparata dei principali interventi realizzati negli USA ed in Europa (e in particolare in Italia) si v. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 379 ss. e spec. 404 ss.; NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1083 ss.; ID., *L’intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 479 ss.

²⁹⁴ Sul punto v., *inter alia*, FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 379 ss.; DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 150 ss.; GIGLIO, *Crisi finanziaria e aiuti di Stato alle banche in difficoltà*, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 127 ss.; SCIAUDONE, *Gli aiuti di*

5.2. (Segue). Gli interventi comunitari a sostegno della crisi. La “nuova” base giuridica delle misure derogatorie: l’art. 107, par. 3, lett. b), TFUE.

Sulla scia delle indicazioni provenienti dal Consiglio Ecofin del 7 ottobre 2008 (con particolare riguardo alle conclusioni sul tema delle “reazioni immediate alla crisi finanziaria”²⁹⁵) che faceva riferimento, *inter alia*, all’esigenza prioritaria, per gli Stati membri, di ripristinare con estrema celerità la fiducia nel mercato finanziario ed il suo corretto funzionamento attraverso misure di sostegno nazionali, pur da collocare «*in a coordinated framework*»²⁹⁶ e dotate dei caratteri della *tempestività* ma anche della *temporaneità*, la Commissione Europea ha adottato fra il 2008 ed il 2009 quattro Comunicazioni sugli “aiuti di Stato”, e in particolare:

- (i) con riguardo al *sistema finanziario*, le tre Comunicazioni del 13 ottobre 2008 (Comunicazione CE n. 2008/C 270/02 – “L’applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria mondiale”); del 5 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 10/03 – “La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza”); del 25 febbraio 2009 (Comunicazione CE n. 2009/C 72/01 – “concernente il trattamento degli attivi svalutati nel settore bancario della Comunità”);
- (ii) con più generale riguardo all’*economia reale*, la Comunicazione del 17 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 16/01 – “Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”), parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 (che “modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure

Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 139 ss.

²⁹⁵ «Immediate responses to financial Turmoil», doc. n. 13926/08, reperibile all’indirizzo www.consilium.europa.eu.

²⁹⁶ Così le citate conclusioni del Consiglio Ecofin del 7 ottobre 2008 «Immediate responses to financial Turmoil», richiamate da DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 150.

di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica")²⁹⁷.

Nelle citate Comunicazioni, si è osservato, “il “carattere sistemico” della crisi è il presupposto essenziale per dare fondamento agli aiuti di Stato in maniera così inconsuetamente diffusa e intensa”²⁹⁸ ricorrendo – “eccezionalmente” – alla deroga di cui all’art. 107, par. 3, lett. b), TFUE²⁹⁹ [ex art. 87, par. 3, lett b), Trattato CE)], in luogo di quella di cui alla lett. c), par. 3, del medesimo articolo³⁰⁰ [ex art. 87, par. 3, lett c), Trattato CE)], e così autorizzando, nei termini indicati nelle medesime Comunicazioni, la concessione da parte degli Stati membri di aiuti ritenuti compatibili con il mercato comune poiché «*destinati [...] a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro*» (corsivo aggiunto).

“Il grave turbamento dell’economia dell’intero Paese membro (e in verità di tutti i paesi della Comunità) viene ravvisato proprio nel carattere “sistemico” della crisi, nella sua idoneità ad estendersi in maniera pervasiva e contagiosa a tutti i settori dell’economia”³⁰¹.

Invero, “la crisi finanziaria mondiale [...] solleva “problemi sistemici” collegati all’inaridimento del prestito interbancario, alla crisi di liquidità, al rischio di propagazione all’economia reale e insomma alla erosione generale della fiducia nel sistema bancario e finanziario nel suo complesso, problemi che esigono allora interventi pubblici per ripristinare stabilità e corretto funzionamento di quel settore quale nodo essenziale delle economie nazionali e dell’economia mondiale”³⁰².

La palese riprova della consapevolezza della Commissione circa la portata realmente “sistemica” della crisi, non solo a livello finanziario ma anche per l’economia

²⁹⁷ Il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1.

²⁹⁸ Così FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 380.

²⁹⁹ «Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: [...] b) *gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro*» (corsivo aggiunto).

³⁰⁰ «Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: [...] c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse».

³⁰¹ Così FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 382.

³⁰² FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 382 e n. 10 (e cfr. altresì il par. 1 della Comunicazione CE del 13 ottobre 2008), il quale rinvia, per un’indagine sulle cause della crisi, a DRAGHI, *Audizione del 17 marzo 2009*, VI Commissione Finanze Camera dei Deputati nel corso della “Indagine conoscitiva sulle tematiche relative al sistema bancario e finanziario”; VISCO, *La crisi finanziaria e le previsioni degli economisti*, Lezione inaugurale del Master in Economia pubblica tenuta a Roma il 4 marzo 2009; BLUNDELL-WIGNALL-ATKINSON-HON LEE, *The current Financial Crisis: Causes and Policy Issues*, *Financial Market Trends*, OECD, 2008.

reale, proviene – più che dalla Comunicazione del 13 ottobre 2008³⁰³ – dalla Comunicazione del 17 dicembre 2008³⁰⁴ ove si osserva che «al di là del sostegno di emergenza al sistema finanziario, l'attuale crisi mondiale richied[e] una risposta politica eccezionale. *La crisi colpirà tutti gli Stati membri, anche se in modo diverso e in varia misura, e comporterà probabilmente un aumento della disoccupazione, un calo della domanda e un deterioramento delle finanze pubbliche*»³⁰⁵ (corsivo aggiunto).

E' sulla scorta di tale contesto generale e delle relative considerazioni di fondo che la Commissione addiviene al mutamento della “*base giuridica comune* degli aiuti pubblici della crisi, tanto nel settore finanziario quanto nel settore dell'economia reale”³⁰⁶, individuata nella lett. b), del par. 3 dell'art. 107, TFUE³⁰⁷ [ex art. 87, par. 3, lett b), Trattato CE)], in luogo della lett. c), par. 3, del medesimo articolo³⁰⁸ [ex art. 87, par. 3, lett c), Trattato CE)] che aveva costituito il fondamento, unitamente ai “principi” ed alle “regole” di cui agli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà* del 2004³⁰⁹, dei primi

³⁰³ Comunicazione CE n. 2008/C 270/02 – “L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale”.

³⁰⁴ Comunicazione CE n. 2009/C 16/01 – “Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”, parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 (che “modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”: il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1.

³⁰⁵ Par. 4.1. della Comunicazione CE n. 2009/C 16/01, cit.

³⁰⁶ Così FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 383.

³⁰⁷ «Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: [...] b) *gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro*» (corsivo aggiunto).

³⁰⁸ «Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: [...] c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse».

³⁰⁹ Come si legge nella *Comunicazione della Commissione relativa alla proroga degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà* (2009/C 156/02), a fronte della scadenza degli Orientamenti del 2004 alla data del 9 ottobre 2009, la Commissione ha precisato: “La crisi economica ha creato una situazione economica difficile ed instabile. Tenuto conto della necessità di garantire continuità e certezza del diritto nel trattamento degli aiuti di Stato a favore delle imprese che si trovano in difficoltà finanziarie, la Commissione ha deciso di estendere la validità degli orientamenti comunitari attualmente in vigore sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà fino al 9 ottobre 2012”.

Successivamente, con *Comunicazione della Commissione relativa alla proroga dell'applicazione degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà, del 1° ottobre 2004*, del 2 ottobre 2012, (2012/C 296/02), alla luce del fatto che: a) “nella comunicazione dell'8 maggio 2012 sulla modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE, la Commissione ha definito un ambizioso programma di riforme in materia di aiuti di Stato. Le proposte di riforma comprendono l'individuazione di principi comuni per la valutazione della compatibilità degli aiuti con il mercato interno. È prevista inoltre la revisione e razionalizzazione dei vari orientamenti e discipline in modo da renderli coerenti con tali principi comuni”, b) “la revisione degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà va collocata nel contesto del processo generale di modernizzazione delle norme in materia di aiuti di Stato”. La Commissione, nella medesima

interventi realizzati dal 2007 all'inizio dell'ottobre del 2008³¹⁰, ispirati da “un approccio singolare e restrittivo³¹¹ del tutto inidoneo ad affrontare le particolarità e le sfide connesse allo stato di crisi generalizzato”³¹².

Si è osservato che il richiamo “alla nuova e non sperimentata³¹³ base giuridica”³¹⁴ assolve a molteplici funzioni:

- (i) in primo luogo, “esso supplisce alla debolezza istituzionale dell'Unione Europea nell'affrontare con provvedimenti unitari, definiti a livello comunitario, la crisi globale che ha colpito l'economia di tutti i Paesi membri oltre che degli altri Paesi avanzati ed emergenti del mondo”³¹⁵ (corsivo aggiunto);
- (ii) in secondo luogo, tale richiamo rende esplicita la maturata consapevolezza delle istituzioni comunitarie di dover addivenire, da un lato, all'adozione di *misure di carattere strutturale* e, dall'altro, del fatto

Comunicazione ha precisato che: “al fine di non pregiudicare gli esiti delle discussioni orizzontali sulla modernizzazione degli aiuti di Stato, la Commissione ha deciso di continuare ad applicare gli attuali orientamenti fino a quando non saranno sostituiti dalle nuove norme sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà”.

Gli Orientamenti del 2004 sono stati preceduti dagli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà* del 1999, in GUCE C 288 del 9 ottobre 1999 e, prima ancora (oltre che dalle modifiche del 1997, in GUCE C 283 del 19 settembre 1997, 2, relative al settore agricolo) dagli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà* del 1994 (la prima versione di tali orientamenti), in GUCE C 368, del 23 dicembre 1994, 12. Sul tema v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, in *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, 136-137; DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 237 ss.; LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, cit., 76 ss.; ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, Torino, 2006, 1693 ss.

³¹⁰ V. sul punto GIGLIO, *Crisi finanziaria e aiuti di Stato alle banche in difficoltà*, cit., 127 ss.; DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 143 ss. e FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 383 e n. 12, ove richiama i casi relativi alla crisi della *Northern Rock* decisi il 5 dicembre 2007 e il 2 aprile 2008; della *WestLB* decisi il 30 aprile e l'8 agosto 2008: della *Sachsen LB* deciso il 1 ottobre 2008; della *Hypo Real Estate Holding* deciso il 2 ottobre 2008 e della *IKB* deciso il 21 ottobre 2008. Per un'analisi dei primi casi di aiuti nel settore bancario, in particolare *Credit Lyonnais* e *Banco di Napoli*, cfr., per tutti, VATTERMOLI-ROTONDO, *Gli aiuti di Stato alle imprese bancarie in difficoltà*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 239 ss.

³¹¹ V. WERNER-MAIER, *Procedure in Crisis? Overview and Assessment of the Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, 177 ss.

³¹² Così FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 383.

³¹³ Eccezione fatta per la il caso della Grecia negli anni '80 del '900, su cui v. la Decisione della Commissione del 7 ottobre 1987, in GUCE del 22 marzo 1988, L 76/18 e il *Rapporto sulla politica di concorrenza (1987)*, 1988, spec. parr. 186-187.

³¹⁴ FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 384, che vi ravvede, precisamente, una triplice funzione.

³¹⁵ Così FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 384, il quale precisa altresì come “attraverso la filosofia degli aiuti di Stato gli interventi sono ricondotti alla competenza e alla specificità dei singoli membri dell'Unione, ma nel contempo vengono coordinati in un quadro di regole e principi comuni che valga a mantenere il vincolo sopranazionale della politica comunitaria quantomeno a livello di orientamenti condivisi”: in senso conforme v. TONETTI, *La disciplina comunitaria e globale degli aiuti a favore del sistema bancario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 659 ss e spec. 668-669.

che gli *Orientamenti* sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà fossero *inadeguati a fronteggiare la situazione (di crisi “sistemica”) di specie* “sulla constatazione che ad essere colpite dalla particolare crisi in atto fossero sempre più imprese tecnicamente non definibili come «in difficoltà» ai sensi della citata Comunicazione”³¹⁶ (corsivo aggiunto);

- (iii) in terzo luogo, “quel richiamo *incardina nella Commissione la competenza applicativa del sistema derogatorio*, per un verso ribadendo il coordinamento delle iniziative sulla base dei valori fondanti del “mercato comune” e della “concorrenza” e per altro verso accelerando l’adozione delle misure necessarie ad affrontare la crisi da parte dei singoli Stati membri”³¹⁷ (corsivo aggiunto);
- (iv) infine, “l’art. 87, par. 3, lett. b) contiene implicitamente il limite della «straordinarietà» della misura, destinata a venir meno una volta che il “grave turbamento dell’economia” sia stato superato”³¹⁸, come confermato già dal tenore testuale delle Comunicazioni di cui si discute³¹⁹ (corsivo aggiunto).

Si è rilevato, conseguentemente, che nell’ambito di tale quadro autorizzatorio di misure costituenti “aiuti di Stato”, “la preoccupazione della Commissione europea è

³¹⁶ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 237 ss., che rinvia altresì al documento della Commissione COM (2009) 164 dell’8 aprile 2009 dal titolo *Tableau de bord des aides d’état – Mise à jour du printemps 2009. Edition spéciale consacrée aux aides d’état accordées dans le cadre de la crise économique et financière actuelle*, reperibile all’indirizzo www.ec.europa.eu

³¹⁷ Così FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 384, il quale precisa ulteriormente “che vi sarebbe stata, infatti, la possibilità di invocare, su richiesta di ogni singolo Stato membro e a fronte di “circostanze eccezionali” che lo giustificano, una decisione unanime del Consiglio (piuttosto che della Commissione) per derogare *in toto* all’art. 87 e ai regolamenti previsti dall’art. 89; ma non è chi non veda la complessità e intempestività di una tale procedura e soprattutto il rischio di una completa disarticolazione delle regole sostanziali del quadro comunitario”. Su tale ultimo profilo v. altresì, in senso analogo, LUJA, *Stat aid and the Financial Crisis: overview of the Crisis Framework*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, 145 ss.

³¹⁸ Così FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 385.

³¹⁹ Cfr. in particolare (i) la Comunicazione del 17 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 16/01 – “Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”), parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 (che “modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”): il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1; (ii) ma già, in precedenza, la Comunicazione del 13 ottobre 2008 (Comunicazione CE n. 2008/C 270/02 – “L’applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria mondiale”).

legata, dunque, all'esigenza di mantenere il quadro complessivo degli aiuti di Stato nel periodo di crisi nell'ambito dei principi fondamentali dell'*acquis* comunitario, a questo fine salvaguardando le "regole sostanziali" di tutela del libero scambio e della concorrenza e incidendo piuttosto sulle "regole procedurali" mediante una *speciale procedura di crisi* che velocizzi l'esame e l'autorizzazione degli aiuti consentiti"³²⁰.

5.3. (Segue). La Comunicazione della Commissione europea del 13 ottobre 2008 – “L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale”.

Il 13 ottobre 2008 la Commissione europea adotta, “*dans un délai exceptionnellement bref*”³²¹, la prima Comunicazione (su “*L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale*”³²²) inerente il *sistema finanziario*, “considerato strategico, poiché è volto ad alimentare i flussi delle risorse che affluiscono a tutti i settori dell'economia”³²³.

Nel richiamare le conclusioni del Consiglio Ecofin del 7 ottobre 2008³²⁴ - miranti a proporre l'adozione di tutti i provvedimenti necessari per «rafforzare la solidità e la stabilità del sistema bancario, per ripristinare la fiducia e il corretto funzionamento del settore finanziario [sul presupposto, tuttavia] che l'intervento pubblico [sia] deciso a livello nazionale, pur se all'interno di un quadro coordinato e sulla base di una serie di principi comuni dell'UE» - la Commissione precisa che, nella stessa sede, essa si è impegnata ad emanare «orientamenti atti a delineare un'ampia cornice» entro la quale si collocano, quale fine ultimo della Comunicazione in discorso, i «criteri essenziali per

³²⁰ Così FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 385, il quale rinvia al discorso del 17 febbraio 2009 tenuto dal Commissario Kroes.

³²¹ Così IDOT, *La politique européenne de concurrence à l'heure de la crise*, in *Europe*, dèc. 2008, 2.

³²² Comunicazione CE n. 2008/C 270/02.

³²³ Così FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 382.

³²⁴ Le quali, osserva la Commissione nella citata Comunicazione, elencherebbero i seguenti principi: «[i] gli interventi dovrebbero essere tempestivi e il sostegno dovrebbe, in linea di massima, essere temporaneo; [ii] gli Stati membri saranno attenti agli interessi dei contribuenti; [iii] gli azionisti attuali dovrebbero sopportare le debite conseguenze dell'intervento; [iv] gli Stati membri dovrebbero essere in grado di indurre un cambiamento di gestione; [v] la dirigenza non dovrebbe conservare indebiti benefici e i governi possono anche avere la facoltà di intervenire in relazione alla retribuzione; [vi] i legittimi interessi dei concorrenti devono essere tutelati, in particolare tramite le regole in materia di aiuti di Stato; [vii] dovrebbero essere evitati effetti negativi di traboccamento».

valutare se siano compatibili con il trattato i regimi di carattere generale, nonché singoli casi di applicazione di tali regimi e i casi ad hoc importanti a livello sistemico»³²⁵.

Si è osservato che “lo sforzo di conciliare due contrapposte esigenze è evidente ed emerge in modo chiaro fin dai primi paragrafi della *Comunicazione* ove si legge che, pur riconoscendo la sussistenza di circostanze eccezionali e la conseguente necessità per gli Stati membri di adottare specifiche misure per garantire la stabilità del sistema finanziario, al contempo”³²⁶ «la Commissione deve assicurarsi che [tali misure] non generino inutili distorsioni di concorrenza tra le istituzioni finanziarie che operano sul mercato e che non vi siano effetti di ricaduta negativa su altri Stati membri»³²⁷.

La consapevolezza della gravità della crisi economico-finanziaria in atto e della sua “portata sistemica”³²⁸ giustifica così, come si è ampiamente detto più sopra, il ricorso alla deroga di cui all’attuale art. 107, par. 3, lett. b), TFUE³²⁹, che contraddistingue “in senso originale” la Comunicazione in parola³³⁰: invero, la Commissione, alla luce dell’utilizzo “eccezionale” di siffatta deroga, tiene a precisare, (i) in primo luogo, come il ricorso ad essa, in linea di principio, vada escluso, in ossequio alla giurisprudenza comunitaria sul punto³³¹, «in situazioni di crisi di altri singoli settori, se non sussiste un rischio analogo che tali situazioni abbiano un effetto sull’economia di uno Stato membro nel suo insieme»³³², e (ii) in secondo luogo, con specifico riferimento al settore finanziario che «è possibile ricorrere a questa disposizione soltanto in circostanze effettivamente eccezionali in cui l’intero funzionamento dei mercati finanziari sia messo a repentaglio»³³³.

³²⁵ V. i parr. 3 e 5 della Comunicazione del 13 ottobre 2008, cit.

³²⁶ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 152.

³²⁷ V. il par 5 della Comunicazione del 13 ottobre 2008, cit. e DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 152.

³²⁸ V. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 379 ss.

³²⁹ Osserva SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 144, alla luce del ricorso alla deroga di cui all’attuale art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, che “tale comunicazione può essere considerata, dunque, l’esempio del *trade-off* proposto per l’applicazione di principi generali dell’ordinamento dell’Unione europea all’eccezionale congiuntura”. In senso critico, cfr. invece D’SA, “*Instant*” *State Aid law in a financial crisis – A U-turn?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, 139 ss.; GERARD, *EC Competition law enforcement at grips with the financial crisis: flexibility in the principle*, in *Concurrences*, 2009, 46-62.

³³⁰ In questo senso DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 153.

³³¹ Il riferimento è, fra le altre, alla sentenza del Tribunale di primo grado, 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, *Freistaat Sachsen e Volkswagen c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, II-3663 ss., punto 167. V. anche la sentenza del Tribunale di primo grado, 6 luglio 1995, cause riunite da T-447/93 a T-449/93, *Associazione italiana tecnico economica del cemento et al. c. Commissione*, in *Racc.*, 1995, II-1971 ss.

³³² Così il par. 11 della Comunicazione del 13 ottobre 2008, cit.

³³³ Ancora il par. 11 della Comunicazione del 13 ottobre 2008, cit.

Ne discende così, con tutta evidenza, la “rilevanza strategica attribuita a livello dell’Unione al settore bancario”³³⁴, tale da giustificare l’eccezionale deroga di cui alla lett. b) del par. 3 dell’art. 107 TFUE, di modo che “la crisi del mercato bancario del singolo Stato membro diviene una questione di «comune interesse» tale da legittimare il ricorso ad una sospensione, beninteso a determinate condizioni [...] del divieto generale di concedere aiuti di Stato alle imprese”³³⁵.

Al di là della novità costituita dal ricorso alla deroga di cui alla lett. b) del par. 3 dell’art. 107 TFUE (in luogo di quella di cui alla lett. c), la Comunicazione in discorso si pone in realtà in un legame di continuità con la Comunicazione della Commissione – “*Un piano europeo di ripresa economica*” del 26 novembre 2008³³⁶ “in cui l’esecutivo comunitario si richiama espressamente alla necessità di porre fine alla situazione di instabilità dei mercati finanziari, giudicata vera «causa di fondo dei problemi dell’economia reale»³³⁷, obiettivo possibile soltanto attraverso una stabilizzazione, innanzitutto, proprio del sistema bancario. Per la Commissione è infatti «*fondamentale che le banche riassumano il loro ruolo normale, che consiste nel fornire liquidità e nel sostenere gli investimenti nell’economia reale*»³³⁸ (corsivo aggiunto)”³³⁹.

Venendo ai contenuti della Comunicazione del 13 ottobre 2008, le tipologie di aiuto autorizzabili, a beneficio delle istituzioni finanziarie, sono sostanzialmente tre:

- (i) la *concessione di garanzie a copertura delle passività*, nell’ambito delle quali è possibile distinguere due differenti categorie di intervento, *i.e.* il regime generale di garanzia e la concessione di una garanzia a favore di singole banche;
- (ii) la *ricapitalizzazione*, specificamente trattata nella successiva *Comunicazione* del 5 dicembre 2008, dedicata proprio alla *ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria*³⁴⁰, con la conseguente individuazione, in tale sede,

³³⁴ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 154.

³³⁵ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 154. L’approccio adottato dalla Commissione è condiviso esplicitamente dal Consiglio europeo, come emerge dalle conclusioni della Presidenza, par. 5, Consiglio europeo di Bruxelles del 15 e 16 ottobre 2008, documento 14368/08, reperibile all’indirizzo www.european-council.europa.eu.

³³⁶ *Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo – Un piano europeo di ripresa economica* del 26 novembre 2008, doc. COM (2008) 800 def. reperibile all’indirizzo www.ec.europa.eu.

³³⁷ Così il par. 2.1.2 della Comunicazione del 13 ottobre 2008, cit.

³³⁸ Ancora il par. 2.1.2 della Comunicazione del 13 ottobre 2008, cit.

³³⁹ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 155.

³⁴⁰ Comunicazione CE n. 2009/C 10/03 – “La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza”.

(solo) di alcuni principi guida sulla valutazione dei relativi interventi statali;

- (iii) la *liquidazione controllata*, rispetto alla quale la Commissione fissa, in tale Comunicazione, solo alcuni principi generali in ordine alla relativa valutazione di compatibilità con il mercato comune, rinviando alle considerazioni già svolte con riguardo ai regimi pubblici di garanzia³⁴¹.

Ad ogni modo, la Commissione precisa che «in linea con i principi generali che sono alla base delle regole sugli aiuti di Stato enunciate dal trattato — secondo le quali gli aiuti concessi non devono superare quanto strettamente indispensabile per raggiungere lo scopo legittimo e le distorsioni di concorrenza vanno evitate o ridotte al minimo nella misura del possibile — e tenuto debito conto delle attuali circostanze, *tutte le misure generali di aiuto devono essere:*

[i] *ben mirate* per poter raggiungere in maniera efficace l'obiettivo di porre rimedio a un grave turbamento dell'economia,

[ii] *proporzionate* alle sfide da affrontare, non andando oltre quanto richiesto a tale scopo, e

[iii] concepite in modo da *ridurre al minimo gli effetti di ricaduta negativa* sui concorrenti, sugli altri settori e sugli altri Stati membri»³⁴² (corsivo aggiunto).

5.4. (Segue). La Comunicazione della Commissione europea del 5 dicembre 2008 – “La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza”.

Si è rilevato che “la crisi ha costituito l’occasione per fugare l’infondato preconcetto, secondo il quale l’Unione Europea avverserebbe *a priori* l’intervento pubblico in economia”³⁴³.

³⁴¹ Per un’approfondita analisi dei contenuti della Comunicazione del 13 ottobre 2008, cit., si rinvia a FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 379 ss.; GIGLIO, *Crisi finanziaria e aiuti di Stato alle banche in difficoltà*, cit., 127 ss.; SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 144 ss. nonché, *amplius*, a DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 156 ss.

³⁴² Così al par. 15 della Comunicazione del 13 ottobre 2008, cit.

Ciò sarebbe testimoniato dalla Comunicazione della Commissione del 5 dicembre 2008, avente ad oggetto (specificamente le) *misure di ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie*³⁴⁴, laddove essa chiarirebbe che “l’intervento pubblico in economia (se mirato, [...], ed erogato secondo criteri restrittivi) è, invece, indispensabile al fine di compensare e correggere i fallimenti del mercato”³⁴⁵.

Invero, sul punto, la Commissione ha precisato che «anche la ricapitalizzazione da parte dello Stato può costituire una risposta adeguata ai problemi delle istituzioni finanziarie che rischiano l’insolvenza per il loro particolare modello operativo o per la loro strategia di investimento. Un sostegno di emergenza accordato a una singola banca mediante conferimenti di capitale provenienti da fonti pubbliche può inoltre contribuire a evitare effetti sistemici a breve termine provocati dalla sua eventuale insolvenza. A più lungo termine, la ricapitalizzazione potrebbe andare a sostegno degli sforzi volti a preparare il ritorno della banca in questione alla redditività a lungo termine o della sua liquidazione a condizioni normali»³⁴⁶.

L’intervento pubblico è pertanto ammesso ma subordinatamente alle seguenti condizioni³⁴⁷, volte ad evitare che il sostegno alle istituzioni finanziarie, così accordato, possa produrre indebite distorsioni della concorrenza:

- (i) «in primo luogo, il fatto che uno Stato membro ricapitalizzi le proprie banche non dovrebbe conferire a tali istituti un indebito vantaggio concorrenziale sulle banche di altri Stati membri»³⁴⁸;

³⁴³ Così SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 145.

³⁴⁴ Comunicazione CE n. 2009/C 10/03 – “La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza”.

³⁴⁵ Così SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 145.

³⁴⁶ Così al par. 6 della Comunicazione del 5 dicembre 2008, cit. Per una più approfondita analisi dei contenuti della Comunicazione del 5 dicembre 2008, cit., si rinvia a FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 379 ss.; GIGLIO, *Crisi finanziaria e aiuti di Stato alle banche in difficoltà*, cit., 127 ss.; SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 145 ss. nonché, *amplius*, a DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 160 ss.

³⁴⁷ V. SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 146.

³⁴⁸ Così al par. 8 della Comunicazione del 5 dicembre 2008, cit., che prosegue: «L’accesso al capitale a tassi considerevolmente più bassi rispetto ai concorrenti di altri Stati membri, in assenza di un’adeguata giustificazione basata sul rischio, può avere una considerevole incidenza sulla posizione concorrenziale di una banca nel mercato unico europeo più ampio. Aiuti eccessivi in uno Stato membro potrebbero inoltre suscitare una gara di sovvenzioni fra Stati membri e creare difficoltà per le economie di quelli che non hanno adottato regimi di ricapitalizzazione. Un approccio coerente e coordinato alla remunerazione dei conferimenti di capitale pubblici, e alle altre condizioni collegate alla ricapitalizzazione, è indispensabile per mantenere condizioni di parità. Un’azione unilaterale e non coordinata in questo settore può anche

- (ii) «in secondo luogo, i regimi di ricapitalizzazione aperti a tutte le banche in uno Stato membro, senza un adeguato grado di differenziazione tra banche beneficiarie in base ai loro profili di rischio, possono conferire un indebito vantaggio alle banche in difficoltà o con prestazioni inferiori rispetto alle banche che sono fondamentalmente sane e che hanno prestazioni migliori»³⁴⁹;
- (iii) «in terzo luogo, la ricapitalizzazione pubblica, e in particolare la sua remunerazione, non dovrebbe mettere in una posizione significativamente peggiore dal punto di vista della concorrenza le banche che non ricorrono al finanziamento pubblico, ma cercano capitale aggiuntivo sul mercato»³⁵⁰.

5.5. (Segue). La Comunicazione della Commissione europea del 25 febbraio 2009 “concernente il trattamento degli attivi svalutati nel settore bancario della Comunità” e la Comunicazione del 19 agosto 2009 sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell’attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato. Proroghe.

A completamento degli interventi a sostegno del *settore finanziario*, occorre segnalare la Comunicazione del 25 febbraio 2009³⁵¹ su i c.d. *impaired assets*, ovvero gli attivi svalutati nel settore bancario comunitario (nonché la Comunicazione del 19 agosto 2009 sul *ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario* nel contesto dell’attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato³⁵²).

Anche tale Comunicazione riflette la duplice esigenza di adottare interventi tempestivi ed efficaci sul punto (in particolare, perseguendo gli «obiettivi immediati di

vanificare gli sforzi compiuti per ripristinare la stabilità finanziaria («Garantire la concorrenza leale tra Stati membri»).

³⁴⁹ Così al par. 9 della Comunicazione del 5 dicembre 2008, cit., che prosegue: «Ciò falsa la concorrenza sul mercato, distorce gli incentivi, aumenta il cosiddetto rischio morale e indebolisce la competitività complessiva delle banche europee («Garantire la concorrenza leale tra banche»).

³⁵⁰ Così al par. 10 della Comunicazione del 5 dicembre 2008, cit., che prosegue: «Un regime pubblico che produca un effetto di spiazzamento (*«crowding out»*) sulle operazioni basate sul mercato scoraggia il ritorno al normale funzionamento di mercato («Garantire il ritorno al normale funzionamento di mercato»).

³⁵¹ Comunicazione CE n. 2009/C 72/01 – “concernente il trattamento degli attivi svalutati nel settore bancario della Comunità”.

³⁵² 2009/C 195/04 reperibile in <http://eur-lex.europa.eu>.

stabilità finanziaria e di erogazione di prestiti bancari») ma che non siano tali, al tempo stesso, da determinare, nel lungo periodo, indebite distorsioni della concorrenza in ambito bancario³⁵³.

A tali fini, la Commissione ritiene necessaria l'adozione di un «un approccio comunitario comune e coordinato che si prefigga i seguenti, vasti *obiettivi*:

- a) *ristabilire la fiducia sui mercati* dimostrando la capacità di dare una risposta comunitaria efficace alla crisi finanziaria e creando i presupposti per ricadute positive fra gli Stati membri e sui mercati finanziari più in generale;
- b) *limitare le ricadute negative fra Stati membri* (l'introduzione di misure di sostegno a fronte di attività deteriorate in un primo Stato membro esercita pressioni sugli altri affinché seguano il suo esempio e rischia di scatenare una "gara di sovvenzioni" fra Stati membri);
- c) *tutelare il mercato unico nel settore dei servizi finanziari* garantendo la coerenza delle misure di sostegno a fronte di attività deteriorate introdotte dagli Stati membri e resistendo al protezionismo finanziario;
- d) *garantire la conformità con le disposizioni in materia di controllo degli aiuti di Stato* e con tutte le altre disposizioni giuridiche, assicurando una migliore coerenza tra le misure di sostegno a fronte di attività deteriorate e *riducendo al minimo le distorsioni della concorrenza e il rischio morale (moral hazard)*» (corsivo aggiunto).

Ad ogni modo, la Commissione precisa che «qualsiasi aiuto per misure di sostegno a fronte di attività deteriorate deve comunque rispettare i *principi generali di necessità, di proporzionalità e di riduzione al minimo delle distorsioni della concorrenza*»³⁵⁴ (corsivo aggiunto).

Mentre le prime tre Comunicazioni (sul settore bancario, sulla ricapitalizzazione e sulle attività deteriorate) non hanno una data di scadenza, la Comunicazione del 19 agosto 2009 sul *ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario* nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato, si applica agli aiuti alla ristrutturazione notificati entro il 31 dicembre 2010.

³⁵³ Cfr. sul punto il par. 13 della Comunicazione del 25 febbraio 2009, cit., nonché SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione "orizzontale" e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 147, e, *amplius*, DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 168 ss.

³⁵⁴ Cfr. sul punto il par. 16 della Comunicazione del 25 febbraio 2009, cit.

Come chiarito nella successiva *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2012, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, al par. 2, «Il 1° dicembre 2010 la Commissione ha adottato una quinta comunicazione, relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2011, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (la comunicazione di proroga). La comunicazione di proroga ha esteso fino al 31 dicembre 2011 la validità della comunicazione sulla ristrutturazione, l'unica delle quattro per la quale sia stata specificata una data di scadenza, con determinate modifiche. Nella comunicazione di proroga la Commissione ha inoltre sottolineato che riteneva che le condizioni per l'approvazione degli aiuti di Stato a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del trattato, che permette in via eccezionale la concessione di aiuti destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia, sussistessero ancora e che le comunicazioni sul settore bancario, sulla ricapitalizzazione e sulle attività deteriorate sarebbero rimaste in vigore onde fornire orientamenti sui criteri per valutare la compatibilità degli aiuti collegati alla crisi erogati alle banche a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del trattato».

Nella medesima Comunicazione, ai parr. 3 e 4, la Commissione precisa che «Malgrado tali misure, la Commissione ritiene che le condizioni per l'approvazione degli aiuti di Stato a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), continueranno a sussistere anche dopo la fine del 2011. Le comunicazioni sul settore bancario, sulla ricapitalizzazione e sulle attività deteriorate rimarranno pertanto in vigore dopo il 31 dicembre 2011. Analogamente, l'ambito di applicazione temporale della comunicazione sulla ristrutturazione viene esteso oltre il 31 dicembre 2011. La Commissione continuerà a monitorare la situazione sui mercati finanziari e prenderà iniziative volte a fissare norme permanenti in merito agli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle banche, concessi sulla base dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del trattato, non appena le condizioni del mercato lo consentano».

5.6. (Segue). La Comunicazione della Commissione europea del 17 dicembre 2008 – “Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di

Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”³⁵⁵. **Proroghe.**

Con più generale riguardo al settore dell'*economia reale*³⁵⁶, si segnala la Comunicazione del 17 dicembre 2008³⁵⁷, parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009³⁵⁸.

Attraverso la Comunicazione in parola, sono state autorizzate misure (qualificabili come aiuti di Stato) “temporanee” - in quanto adottabili dagli Stati membri fino al 31 dicembre 2010 – e “general”, di sostegno verso (tutte) le imprese, beneficiarie, di tal guisa, di un’eccezionale giudizio di compatibilità, fondato, ancora una volta, sulla (già esaminata) deroga di cui alla lett. b), par. 3, dell’art. 107 TFUE.

La Commissione, invero, ritiene che il radicato contesto di crisi economico-finanziaria integri i presupposti per l’applicazione di tale fattispecie derogatoria, osservando che «la crisi colpirà tutti gli Stati membri, anche se in modo diverso e in varia misura, e comporterà probabilmente un aumento della disoccupazione, un calo della domanda e un deterioramento delle finanze pubbliche». “Su tali basi trova perciò giustificazione una «risposta politica eccezionale»³⁵⁹ da parte degli Stati membri che vada oltre al mero sostegno emergenziale al sistema finanziario”³⁶⁰.

Su tali presupposti ed alle molteplici condizioni fissate nella Comunicazione in esame, il “quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato

³⁵⁵ Parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 (che “modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”): il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1.

³⁵⁶ Rispetto ai cui interventi si registrano posizioni divergenti: infatti, mentre FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 379, osserva che “se la crisi finanziaria è stata subito avvertita come “sistemica”, la crisi dell’economia reale ha avuto valutazioni differenziate. Gli interventi dei pubblici poteri hanno avuto ad oggetto immediatamente e in maniera mimetica il settore finanziario, mentre hanno inciso sulla economia reale solo in una seconda fase ed in modo differenziato”, SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 148, rileva che la Commissione, “consapevole che la crisi del settore finanziario si sarebbe rapidamente propagata all’ “economia reale”, con possibili conseguenze drammatiche per famiglie, imprese e occupazione, la Commissione ha tempestivamente ampliato il proprio intervento a tale ambito con la Comunicazione adottata il 17 dicembre 2008”.

³⁵⁷ Comunicazione CE n. 2009/C 16/01 – “Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”.

³⁵⁸ Che “modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”: il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1. Il quadro temporaneo è stato poi nuovamente modificato con successiva Comunicazione del dicembre 2009 (GU C 303 del 15.12.2009) e, con particolare riferimento al settore agricolo, con precedente Comunicazione dell’ottobre 2009 (GU C 261 del 31.10.2009).

³⁵⁹ Cfr. sul punto il par. 4.1. della Comunicazione del 17 dicembre 2008, cit.

³⁶⁰ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 195.

a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica", prevede, in linea di principio, l'ammissibilità³⁶¹ di:

- (i) *regimi di aiuti de minimis*, per un importo elargibile ad una singola impresa non eccedente i 500.000 Euro lordi³⁶², in luogo dei 200.000 previsti dalla normativa "ordinaria": "la considerazione da cui prende le mosse la Commissione è quella per cui la portata della crisi finanziaria in atto è tale da arrecare pregiudizio non soltanto alle imprese strutturalmente deboli ma anche a quelle che, proprio per l'eccezionalità del contesto macroeconomico in cui operano, pur essendo fondamentalmente sane non riescono più ad accedere stabilmente al credito. In situazioni come questa, la *Comunicazione* riconosce che in linea di principio la concessione di aiuti di importo limitato, ma pur tuttavia superiore alle soglie previste in tema di aiuti *de minimis*, potrebbe essere sufficiente per risolvere le citate difficoltà finanziarie delle imprese e determinare così rilevanti effetti positivi per l'intera economia europea"³⁶³;
- (ii) *aiuti sotto forma di garanzie*, sulla scorta della considerazione per cui al fine di « promuovere ulteriormente l'accesso ai finanziamenti e ridurre l'attuale forte avversione al rischio da parte delle banche, le garanzie su prestiti agevolate per un periodo di tempo limitato possono costituire una soluzione appropriata e mirata per facilitare l'accesso delle imprese ai finanziamenti»³⁶⁴;
- (iii) *aiuti sotto forma di tasso d'interesse agevolato*, posto che «nell'attuale situazione di mercato, le imprese potrebbero avere difficoltà a reperire finanziamenti. Pertanto, la Commissione accetta che siano concessi prestiti pubblici o privati ad un tasso d'interesse per lo meno uguale al tasso *overnight* della banca centrale, maggiorato di un premio uguale alla differenza tra il tasso interban-cario a 1 anno medio e la media del tasso *overnight* della banca centrale sul periodo 1 gennaio 2007 – 30 giugno 2008, più il premio per il rischio di credito corrispondente al profilo di rischio del destinatario, come indicato dalla comunicazione della

³⁶¹ V. SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione "orizzontale" e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 149.

³⁶² Cfr. sul punto il par. 4.2.2 della Comunicazione del 17 dicembre 2008, cit.

³⁶³ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 197-198.

³⁶⁴ Cfr. sul punto il par. 4.3.2 della Comunicazione del 17 dicembre 2008, cit.

Commissione relativa alla revisione del metodo di fissazione dei tassi di riferimento e di attualizzazione»;

(iv) *aiuti per la produzione di prodotti verdi*: «a causa della crisi finanziaria attuale [...] le imprese incontrano maggiori difficoltà ad accedere ai finanziamenti necessari per produrre prodotti più rispettosi dell'ambiente. Gli aiuti sotto forma di garanzia possono non essere sufficienti a finanziare progetti costosi volti a migliorare la tutela ambientale mediante un adeguamento anticipato a norme future non ancora in vigore o mediante il superamento di tali norme. La Commissione ritiene che gli obiettivi ambientali debbano continuare ad essere una priorità nonostante la crisi finanziaria. È nell'interesse della Comunità che si producano articoli più rispettosi dell'ambiente, compresi i prodotti efficienti dal punto di vista energetico, ed è importante che la crisi finanziaria non ostacoli il conseguimento di tale obiettivo. Le misure supplementari sotto forma di prestiti agevolati possono quindi incoraggiare la produzione di «prodotti verdi». I prestiti agevolati possono tuttavia determinare gravi distorsioni della concorrenza e devono essere strettamente limitati a situazioni specifiche e ad investimenti mirati»³⁶⁵;

(v) *misure relative al capitale di rischio*: «le turbolenze sui mercati finanziari hanno avuto ripercussioni negative sul mercato del capitale di rischio riducendo la disponibilità di questo capitale per le PMI nelle fasi iniziali del loro sviluppo. Poiché in questo momento la percezione del rischio è notevolmente aumentata e poiché il capitale di rischio è legato ad incertezze derivanti da aspettative di rendimento potenzialmente più basse, gli investitori tendono attualmente ad investire in attivi più sicuri, i cui rischi sono più facili da valutare rispetto a quelli connessi agli investimenti in capitale di rischio. Inoltre, il carattere illiquido degli investimenti in capitale di rischio si è dimostrato un ulteriore disincentivo per gli investitori. È provato che la conseguente limitata disponibilità di liquidità che si verifica nell'attuale situazione di mercato ha accentuato la carenza di capitale proprio delle PMI. Si ritiene dunque opportuno elevare la soglia di sicurezza per gli investimenti in capitale di

³⁶⁵ Cfr. sul punto il par. 4.5.2 della Comunicazione del 17 dicembre 2008, cit.

rischio per rispondere all'accentuazione della carenza di capitale proprio e ridurre temporaneamente la percentuale minima di partecipazione di investitori privati al 30 % anche in caso di misure destinate a PMI situate in zone non assistite»³⁶⁶;

La concessione dei predetti aiuti, ritenuti compatibili alle condizioni indicate nella Comunicazione in esame, è pur tuttavia soggetta ad alcune limitazioni generali, fra le quali si segnalano: (a) la portata temporanea della misure in questione che, come sopra osservato, non possono essere concesse oltre il 31 dicembre 2010³⁶⁷; (b) sotto il profilo soggettivo, è rimesso agli Stati membri l'onere di verificare preventivamente che i beneficiari degli aiuti non fossero “imprese in difficoltà” già alla data del 1° luglio 2008³⁶⁸; (c) come chiarito in più punti dalla Commissione, “le misure temporanee poss[o]no essere attuate, nell’ambito delle tipologie sopra indicate, ove risultano effettivamente necessarie e proporzionate al conseguimento degli interessi generali specificati dalla Comunicazione stessa. In tal modo la Commissione ha inteso *combinare «l’aiuto finanziario urgente e necessario con benefici a lungo termine per l’Europa»*³⁶⁹ (corsivo aggiunto)”³⁷⁰; (d) infine, «è necessario che entro il 31 luglio 2009 gli Stati membri forniscano alla Commissione un elenco dei regimi posti in essere sulla base della presente comunicazione. Gli Stati membri devono garantire che vengano conservate le registrazioni particolareggiate relative alla concessione di aiuti previsti dalla presente comunicazione. Tali registrazioni devono contenere tutte le informazioni necessarie a stabilire che le condizioni necessarie siano state rispettate, devono essere conservate per 10 anni e devono essere fornite alla Commissione dietro richiesta della stessa. Inoltre, gli Stati membri devono presentare alla Commissione entro il 31 ottobre 2009 una relazione sulle misure adottate in base alla presente comunicazione. In particolare, è necessario che la relazione fornisca elementi da cui si evinca la necessità che la Commissione mantenga le misure previste dalla presente comunicazione al di là

³⁶⁶ Cfr. sul punto il par. 4.6.2 della Comunicazione del 17 dicembre 2008, cit.

³⁶⁷ Cfr. sul punto il par. 7 della Comunicazione del 17 dicembre 2008, cit., ove si rileva che «la Commissione applica la presente comunicazione a partire dal 17 dicembre 2008, data in cui ne è stato adottato il contenuto in linea di principio, visto il contesto finanziario ed economico, che richiede un'azione immediata. La presente comunicazione è giustificata dagli attuali problemi di finanziamento, eccezionali e transitori, collegati alla crisi bancaria e cesserà di essere applicabile il 31 dicembre 2010».

³⁶⁸ Cfr. sul punto il par. 6 della Comunicazione del 17 dicembre 2008, cit., ove si rileva che «gli Stati membri devono avere ottenuto informazioni che dimostrino che i beneficiari delle misure di aiuto di cui ai punti 4.2, 4.3, 4.4 e 4.5 non erano imprese in difficoltà all'1 luglio 2008».

³⁶⁹ Cfr. sul punto il par. 1.3 della Comunicazione del 17 dicembre 2008, cit.

³⁷⁰ Così SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 150.

del 31 dicembre 2009 e informazioni particolareggiate sui benefici ambientali dei prestiti agevolati. Gli Stati membri forniscono queste informazioni per ogni anno successivo in cui si applica la presente comunicazione, prima del 31 ottobre di ciascun anno. La Commissione può richiedere informazioni supplementari in merito agli aiuti concessi, per verificare se sono state rispettate le condizioni della decisione della Commissione che approva la misura di aiuto».

Con successiva Comunicazione dell'11 gennaio 2011 – Quadro unionale temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria³⁷¹ - la Commissione ha precisato che «a causa della grande instabilità dei mercati finanziari e dell'incertezza sulle prospettive economiche, le condizioni del mercato giustificano la proroga, fino al 31 dicembre 2011, di determinate misure attualmente previste dal quadro temporaneo e destinate a facilitare l'accesso delle imprese al finanziamento. Un'analoga necessità esiste per l'aiuto temporaneo per la produzione di prodotti verdi, poiché a causa della crisi economica e finanziaria le imprese hanno tuttora difficoltà ad ottenere finanziamenti per la produzione di prodotti più rispettosi dell'ambiente».

5.7. (Segue). La prime decisioni adottate dalla Commissione europea in attuazione del “quadro di riferimento temporaneo”. La situazione italiana.

In base ai dati diffusi dalla Commissione europea³⁷², può stimarsi che *le prime decisioni adottate* in attuazione del “quadro di riferimento temporaneo” degli aiuti di Stato, autorizzati in forza delle Comunicazioni di cui sopra, alla data del 12 novembre 2009, sono state, con riferimento al *settore finanziario*, 73³⁷³.

Fra di esse, per quanto concerne la situazione italiana, la Commissione europea ha autorizzato, *inter alia*, le misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio di

³⁷¹ 2011/C 6/05.

³⁷² V. Commissione europea, *State aid: Overview of national measures adopted as a response to the financial/economic crisis*, MEMO/09/499 del 12 novembre 2009, reperibile all'indirizzo www.europa.eu. Sul punto v. anche SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 152; WERNER-MAIER, *Procedure in Crisis? Overview and Assessment of the Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, 177 ss.

³⁷³ Soggette a revisione periodica di sei mesi.

cui al d.l. n. 157 del 13 ottobre 2008³⁷⁴, ritenute compatibili ai sensi dell'attuale art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, in quanto il relativo regime “risulta adeguato, necessario e proporzionato al fine di porre rimedio al grave turbamento attraversato dall'economia italiana. Nel raggiungere tale conclusione, la Commissione ha evidenziato, in particolare, come il regime preveda un accesso non discriminatorio, risulti limitato nel tempo e nel campo di applicazione, accompagnandosi altresì a misure di salvaguardia adeguate per limitare le distorsioni della concorrenza”³⁷⁵.

Hanno beneficiato dell'autorizzazione della Commissione³⁷⁶ anche le misure di ricapitalizzazione in favore del settore finanziario di cui all'art. 12 del d.l. n. 185 del 29 novembre 2008³⁷⁷, “relative – in sintesi – alla sottoscrizione da parte dello Stato di titoli di debito, convertibili non datati, con lo stesso grado di subordinazione delle azioni ordinarie, c.d. “Tremonti *bond*”³⁷⁸ e che perseguono il fine dichiarato di sostenere il flusso di finanziamenti destinati all'economia reale mediante il rafforzamento del sistema bancario nazionale”³⁷⁹.

Quanto invece alle (prime) misure adottate a sostegno dell'economia reale – complessivamente 60 alla data del 12 novembre 2009³⁸⁰ - dallo Stato italiano, e autorizzate dalla Commissione, si segnalano, in particolare, le seguenti³⁸¹:

- (i) il pacchetto di misure temporanee che, con lo scopo di agevolare le imprese, nel periodo di crisi, rispetto all'accesso al finanziamento, adotta alcuni regimi esistenti afferenti il *capitale di rischio*³⁸²;

³⁷⁴ D.l. 13 ottobre 2008, n. 157, *Ulteriori misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*, in G.U. n. C 280 del 29 novembre 2008, S.O.

Cfr. altresì le garanzie statali sui depositi bancari al dettaglio, nonché le garanzie statali sulle passività e le operazioni temporanee di scambio di titoli, finalizzate ad agevolare l'accesso delle banche italiane ad una adeguata provvista di liquidità, disciplinate dal d.l. 9 ottobre 2008, n. 55.

³⁷⁵ Così SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 153. Sul punto v. anche DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 205 ss.

³⁷⁶ Decisione della Commissione europea del 23 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 648/2008, *Misure di ricapitalizzazione in favore del settore finanziario in Italia*, reperibile all'indirizzo www.ec.europa.eu.

³⁷⁷ Cfr. l'art. 12 (*Finanziamento dell'economia attraverso la sottoscrizione pubblica di obbligazioni bancarie speciali e relativi controlli parlamentari e territoriali*) della legge 28 gennaio 2009, n. 2, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 22 del 28 gennaio 2009 - Supplemento Ordinario n. 14.

³⁷⁸ Su cui v., per tutti, FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 411.

³⁷⁹ Così SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 153.

³⁸⁰ V. Commissione europea, *State aid: Overview of national measures adopted as a response to the financial/economic crisis*, MEMO/09/499 del 12 novembre 2009, reperibile all'indirizzo www.europa.eu.

³⁸¹ V. SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 154.

- (ii) il pacchetto di misure temporanee che, sempre con lo scopo di agevolare le imprese, nel periodo di crisi, rispetto all'accesso al finanziamento che adotta alcuni regimi esistenti relativi agli aiuti di Stato sotto forma di *sovvenzioni* fino ad un massimo di 500.000 euro ad impresa³⁸³;
- (iii) il pacchetto di misure temporanee che, ancora con lo scopo di agevolare le imprese, nel periodo di crisi, rispetto all'accesso al finanziamento adotta alcuni regimi esistenti relativi agli aiuti di Stato sotto forma di *garanzie*³⁸⁴;
- (iv) il regime di aiuti di Stato, sotto forma di tassi di interesse agevolati su prestiti, volto ad agevolare le possibilità di accesso al finanziamento delle imprese nel contesto della crisi economica (dall' 11 maggio 2009 al 31 dicembre 2010)³⁸⁵;
- (v) gli aiuti concessi, in forza dell'art. 6 del DPCM del 3 giugno 2009, per la produzione di "prodotti verdi" finalizzati a favorire il rispetto dello standard ambientale Euro 6 nel comparto auto ed in quelli connessi³⁸⁶;
- (vi) il regime di aiuti di Stato destinato a fornire sostegno agli agricoltori in difficoltà, nell'ambito della crisi economico-finanziaria, per un importo di 320 milioni di euro³⁸⁷.

6. Note sparse sul riconoscimento, da parte della Commissione, della rilevanza strategica del settore bancario (alla luce della portata “sistemica” della crisi) nel perseguimento del “comune interesse europeo”.

Alla luce del quadro di misure di sostegno sin qui delineato e prima di addivenire ad una essenziale indagine del processo di “modernizzazione” della disciplina degli aiuti di Stato, tuttora in corso, pare utile annotare che l’approccio adottato dalla Commissione rispetto al settore bancario - espressivo dell’evidente sensibilità della stessa rispetto alla rilevanza del riequilibrio del settore in questione nel contesto di

³⁸² Aiuto di Stato N 279/2009 – Italia – Misure temporanee “Regimi capitale di rischio”.

³⁸³ Aiuto di Stato N 248/2009 – Italia – Misure temporanee “500.000 euro”.

³⁸⁴ Aiuto di Stato N 266/2009 – Italia – Misure temporanee “Aiuti di Stato in forma di garanzie”.

³⁸⁵ Aiuto di Stato N 268/2009 – Italia – Misure temporanee “Aiuti di Stato in forma di tassi di interesse agevolati”.

³⁸⁶ Aiuto di Stato N 542/2009 - Aiuti per la produzione di "prodotti verdi".

³⁸⁷ Aiuto di Stato N706/2009 – Italia - Aiuti di Stato: la Commissione autorizza temporaneamente l'Italia a concedere agli agricoltori aiuti di Stato di importo limitato fino a 15 000 euro.

crisi³⁸⁸ (dalla portata “sistemica”³⁸⁹) - conformemente a quanto osservato in dottrina³⁹⁰, ha conferito maggiore consistenza alle già palesate “riflessioni di ordine generale [della Commissione, già emerse a partire dal *leading case Crédit Lyonnais*³⁹¹] sul rilievo strategico del settore interessato sia sotto il profilo funzionale del pieno consolidamento del mercato interno comunitario sia sotto il più concreto profilo del ruolo essenziale svolto dalle banche nei rapporti con l’economia reale”³⁹².

La conferma di quanto sopra proverrebbe, in particolare, nell’ambito delle Comunicazioni della Commissione sin qui esaminate, dalla mostrata “consapevolezza [da parte dell’esecutivo comunitario] delle ricadute sistemiche della crisi del settore bancario [che hanno] spinto [la Commissione medesima] ad abbandonare l’approccio consueto, fondato sull’applicazione della deroga settoriale *ex* attuale art. 107, paragrafo 3, lett. b): [...] tale mutamento di base giuridica e tale modifica dell’atteggiamento della Commissione rispetto agli aiuti di Stato alle banche poggiano indiscutibilmente sulla messa a fuoco del «comune interesse» [europeo] nell’attuazione della politica di concorrenza e sull’esigenza che il suo perseguimento sia il più possibile coerente con la più generale realizzazione del mercato interno in cui un ruolo fondamentale è, ovviamente, riconosciuto al settore delle banche e dei servizi finanziari”³⁹³.

Le modifiche – pur temporanee – adottate per il tramite delle Comunicazioni esaminate, fra le quali, in particolare quelle volte ad agevolare l’accesso al finanziamento delle imprese di cui alla Comunicazione del 17 dicembre 2008³⁹⁴,

³⁸⁸ Ferma l’applicabilità al settore bancario delle norme concorrenziali e, specificamente, di quelle in materia di aiuti di Stato: cfr. sul punto, pacificamente dagli anni ’80 del secolo scorso, in giurisprudenza, Corte di Giustizia, 14 luglio 1981, causa 172/80, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank*, in *Racc.*, 1981, 2021, e in *Foro it.*, 1982, IV, 473; in dottrina, PATRONI GRIFFI, *La concorrenza nel sistema bancario*, Napoli, 1979; UBERTAZZI, *Imprese bancarie e diritto comunitario antitrust*, in *La concorrenza bancaria*, a cura di Ubertazzi, Milano, 1985; ID., *Imprese bancarie e diritto comunitario antitrust: nuove riflessioni*, in *Banca impr. soc.*, 1986, 31; PANZERA, *Disciplina comunitaria della concorrenza e sistema bancario italiano*, in questa *Rivista*, 1990, I, 152; MENGOZZI, *La disciplina comunitaria sulla concorrenza ed attività bancaria*, in *Banca impr. soc.*, 1992, 215; mentre, secondo un approccio problematico, v. RODRÍGUEZ MIGUEZ, *Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado*, in *Rev. dir. banc. bors.*, 1998, 83-85. Cfr. altresì, più di recente, VATTERMOLI-ROTONDO, *Gli aiuti di Stato alle imprese bancarie in difficoltà*, cit., 240.

³⁸⁹ V. sul punto FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 379 ss. Sul diretto legame fra crisi bancaria e crisi finanziaria nazionale, v. per tutti, DE BONIS-GIUSTINIANI-GOMEL, *Crises and Bail Outs of Banks and Countries: Linkages, Analogies, and Differences*, in *The World Economy*, 1999, 55 ss.

³⁹⁰ V. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 209 ss.

³⁹¹ Decisione della Commissione del 20 maggio 1998. Cfr., per tutti, in dottrina, per un’analisi dei primi casi di aiuti nel settore bancario, fra cui *Crédit Lyonnais* e *Banco di Napoli*, VATTERMOLI-ROTONDO, *Gli aiuti di Stato alle imprese bancarie in difficoltà*, cit., 239 ss.

³⁹² Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 209.

³⁹³ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 210.

³⁹⁴ Comunicazione CE n. 2009/C 16/01 – “Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed

portano, da un lato, a trarre la conferma del riconoscimento del peculiare ruolo delle banche e del relativo mercato, dall'altro alla "riconduzione [...] in una prospettiva funzionale, di tali modifiche alla tutela di valori ed interessi di più ampio respiro e, dunque, di vero e proprio «comune interesse» quali, ad esempio, l'attenzione alle PMI ed alla produzione di beni rispettosi di elevati standard di tutela ambientale"³⁹⁵.

Pertanto, "pur rifiutando di affrancare formalmente il settore bancario dall'applicazione del diritto europeo della concorrenza, è sulla base di considerazioni tutte incentrate, in modo più o meno palese, sul perseguimento di tale «comune interesse» che la Commissione ha gestito l'applicazione dell'attuale art. 107 TFUE agli aiuti di Stato alle banche, [facendo uso in una seconda fase] degli elementi di flessibilità che da sempre la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato presenta; non già, tuttavia, per rivoluzionare la propria prassi precedente quanto piuttosto per introdurre alcune *deroghe* soltanto ove *utili al perseguimento di obiettivi non solo esclusivi della politica di concorrenza dell'Unione*. [Conseguentemente,] La scelta della differente base giuridica [costituita dall'attuale art. 107, paragrafo 3, lett. b)] ha [...] consentito alla Commissione di ampliare la categoria delle imprese destinatarie delle sue Comunicazioni: dalle sole banche in difficoltà alle banche fondamentalmente sane³⁹⁶; dalle imprese strutturalmente in difficoltà ad ogni operatore economico temporaneamente soggetto alle conseguenze della crisi dell'economia reale determinata dalla crisi economico-finanziaria internazionale in atto"³⁹⁷ (corsivo aggiunto).

economica", parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 che "modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica": il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1.

³⁹⁵ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 211.

³⁹⁶ V. MEO, *Aiuti di Stato e forme di risanamento d'impresa compatibili*, cit., 2011, 64, il quale, con generale riferimento agli interventi anticrisi del 2008-2009 precisa: "Si tratta piuttosto di aiuti di cui possono anche valersi imprese in difficoltà, ma che hanno il loro fondamento causale nel raggiungimento di obiettivi meritevoli di tutela comuni a tutte le imprese, anche in assenza di situazioni di crisi aziendali imminenti o in atto".

³⁹⁷ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 212. Cfr., nella dottrina che si pronunciava prima dell'insorgere della crisi ed anzi a proposito dei primi casi di aiuti nel settore bancario (fra cui *Credit Lyonnais* e *Banco di Napoli*), VATTERMOLI-ROTONDO, *Gli aiuti di Stato alle imprese bancarie in difficoltà*, cit., 239 ss., i quali, prendendo atto del fatto che "la Commissione [...], pur manifestando consapevolezza del carattere particolare del settore bancario e della sensibilità dei mercati finanziari a difficoltà anche limitate ad un singolo intermediario [Cfr. *Decisione 95/547/CE*, cit. Sul punto cfr. FELTKAMP-PESARESI, *Règles communautaire*, cit., p. 43; RODRÍGUEZ MIGUEZ, *op. cit.*, p. 93], utilizza per le banche gli stessi parametri generali sia per valutare la sussistenza di aiuti - ossia il più volte citato principio dell'investitore privato operante in condizioni normali di economia di mercato [Sull'applicazione concreta del principio in questione nei casi esaminati in questa sede cfr. *Decisione 95/547/CE*, cit., p. 95; *Decisione 1999/288/CE*, cit., p. 41; *Decisione 98/204/CE*, cit., p. 34; *Comunicazione C 16/98*, cit., p. 10; *Comunicazione C 42/96*, cit., p. 8. V., anche, FATTORI, *Aiuti di Stato: processi di privatizzazione e tutela della concorrenza*, cit., p. 89 ss] - sia per stabilirne la compatibilità con l'interesse comune (anche qui alla luce dei già menzionati *Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese*

7. Il processo di riforma della disciplina degli aiuti di Stato. Dallo *State Aid Action Plan* alla Comunicazione della Commissione sulla “Modernizzazione degli aiuti di Stato dell’UE”.

Come noto, già prima della definitiva affermazione della contingente crisi economico-finanziaria globale, la Commissione ha avviato, nel 2005, un significativo processo di riforma della disciplina degli aiuti di Stato che si pone in un’ottica di continuità rispetto alla strategia di Lisbona per la crescita e l’occupazione: essa, infatti, attribuisce un ruolo prioritario all’osservanza delle norme sugli aiuti di Stato nell’ambito del perseguimento, più ampiamente, dell’obiettivo principe identificabile nella significativa riduzione del numero degli aiuti di Stato e della correlativa redistribuzione degli stessi verso finalità “di tipo orizzontale” (tra cui innovazione, ricerca etc.), con la finalità ultima di favorire la crescita economica e l’aumento dell’occupazione, anche grazie all’eventuale ingresso di (più) investitori nel mercato comune³⁹⁸.

Le linee guida e gli obiettivi della riforma sono descritti nello *State Aid Action Plan* (SAAP)³⁹⁹.

Si è osservato che tali obiettivi, pur essendo vari, possono essere sostanzialmente ricondotti a tre⁴⁰⁰:

(i) «dietro lo slogan “aiuti meno numerosi e più mirati” [*less and better targeted state aid*], la Commissione si è proposta innanzitutto di disincentivare l’erogazione degli aiuti di Stato “dannosi” e, contestualmente, di riorientare gli aiuti verso obiettivi a carattere orizzontale (ambiente, formazione, occupazione, ricerca e sviluppo;

in difficoltà)”, osservavano: “ora, a noi sembra che un primo passo per rendere più trasparenti le procedure di valutazione della Commissione ed evitare nel futuro possibili fenomeni di disparità di trattamento possa essere quello di introdurre per gli aiuti di Stato alle imprese bancarie in difficoltà regole specifiche (di applicazione tendenzialmente generale) espresse sotto forma di orientamenti, come avviene, lo si è già accennato, per altre tipologie di imprese. Siffatta soluzione troverebbe la sua giustificazione, da un lato, nella centralità del settore creditizio nel sistema economico e nell’importanza del ruolo dallo stesso ricoperto all’interno del mercato comune; e, dall’altro, nella frequenza con la quale, come si è visto, gli organi comunitari sono dovuti intervenire per valutare l’impatto anticoncorrenziale degli aiuti in questione”.

³⁹⁸ In questo senso SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l’Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, cit., 18-19.

³⁹⁹ *State Aid Action Plan, Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005-2009*, Bruxelles, 7 giugno 2005, COM (2005) 107 final. In dottrina v., sul tema, *inter alia*, OSTI, *La riforma degli aiuti di Stato e il nuovo approccio economico della Commissione*, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 57 ss.; ID., *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 429 ss.

⁴⁰⁰ SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l’Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, cit., 19.

(ii) in secondo luogo, l'*Action Plan* evidenzia la necessità di migliorare la *governance* modernizzando le procedure di controllo e investendo gli Stati di maggiori responsabilità nell'erogazione degli aiuti e nel controllo degli stessi;

(iii) da ultimo, la Commissione ha inteso rafforzare il ruolo del giudice nazionale ed incentivare il ricorso al *private enforcement* da parte dei soggetti terzi lesi dalla violazione delle norme sugli aiuti di Stato»⁴⁰¹.

Si è rilevato che «i principi posti nel 2005 a fondamento del SAAP, anziché essere stati travolti dagli imprevisti capovolgimenti successivi, sembrano confermati dalla crisi, la quale [...] rappresenta, invero, un positivo test per l'approccio e le linee di riforma che nel SAAP trovano espressione. [...] Il test della “prima crisi della globalizzazione” (come è stata definita l'attuale congiuntura)⁴⁰² sembra quindi confermare che i principi fondanti l'ordinamento istituzionale dell'Unione Europea – e tra essi la politica della concorrenza ed in particolare le norme sugli aiuti di Stato secondo le linee direttrici indicate nel SAAP – rappresentano ancora oggi [...] la chiave per assicurare la stabilità e la sostenibilità di lungo termine della costruzione europea. [...] [Invero], le pur “straordinarie” misure adottate per fronteggiare la crisi costituiscono applicazione e conferma di ben noti principi che presiedono al diritto della concorrenza ed al generale divieto degli aiuti di Stato: le modalità prescelte per la reazione alla crisi confermano, quindi, che l'intervento pubblico in economia, se limitato secondo i principi di proporzionalità e necessità, anziché essere vietato, costituisce uno strumento di politica economica insostituibile, nell'ordinamento dell'Unione europea, per il conseguimento della stabilità nel lungo periodo»⁴⁰³.

Nonostante quanto sopra, e quindi il riscontro positivo discendente dai principi delineati attraverso il SAAP, che sembrano “confermati” dalla crisi, la Commissione ha avvertito l'esigenza, all'esito della crisi stessa, di promuovere un significativo rinnovamento della disciplina in materia di aiuti di Stato (tuttora in corso), come testimonia la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni* dell'8 maggio

⁴⁰¹ Così SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l'Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, cit., 19 e spec. nt. 5, ove precisa ulteriormente: “la nuova politica della Commissione si fonderebbe dunque, da un lato sul consentire agli Stati (anche se con forti limiti) di intervenire laddove il mercato da solo non riesca a funzionare inducendo al contempo gli stessi Stati a finalizzare gli aiuti verso obiettivi di interesse generale, e, dall'altro, sulla maggiore efficienza del sistema di controllo con la previsione di uno snellimento delle procedure di notifica e di esame, di un maggior utilizzo dei poteri conferiti alla stessa Commissione dagli artt. 107 e 108 TFUE e dal reg. n. 659/99 e del rafforzamento del ruolo del giudice nazionale”.

⁴⁰² ATTALI, *La Crise, et après?*, Paris, 2008.

⁴⁰³ Così SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., 140-143.

2012, recante il titolo “*Modernizzazione degli aiuti di Stato dell’UE*”⁴⁰⁴, processo di modernizzazione nell’ambito del quale è prevista, *inter alia*, proprio la «revisione e razionalizzazione degli orientamenti in materia di aiuti di Stato in modo da renderli coerenti con [i] principi comuni».

Osserva infatti la Commissione, nella citata Comunicazione, che «la crisi economica e finanziaria ha rischiato di compromettere l'integrità del mercato unico e ha aumentato i rischi di reazioni anticoncorrenziali. Al tempo stesso, la crisi ha accresciuto le richieste allo Stato affinché intervenga in misura maggiore per tutelare i membri più vulnerabili della società e promuovere la ripresa economica, ma ha anche messo sotto pressione i bilanci degli Stati membri richiedendo un risanamento di bilancio e un uso migliore delle scarse risorse. Infine, un ulteriore elemento importante è il fatto che con la crisi è aumentato il divario tra gli Stati membri per quanto riguarda i margini di manovra per finanziare le proprie politiche»⁴⁰⁵.

«Il potenziale di crescita dell'Europa può essere aumentato orientando meglio la spesa pubblica e creando condizioni adeguate affinché la ripresa possa avviarsi e durare nel tempo. La spesa pubblica, in particolare, dovrebbe diventare più efficiente⁴⁰⁶ ed efficace ed essere destinata a politiche che promuovano la crescita e soddisfino obiettivi europei comuni»⁴⁰⁷.

«Parte di questa spesa pubblica assumerà la forma di aiuti di Stato⁴⁰⁸, come spese dirette, incentivi fiscali, garanzie statali o altro. Un controllo degli aiuti di Stato più incisivo e più mirato può incoraggiare la definizione di politiche che stimolano la crescita e garantire che le distorsioni della concorrenza rimangano limitate, in modo che il mercato interno resti aperto e concorrenziale. Un controllo di questo tipo può altresì contribuire a migliorare la qualità delle finanze pubbliche»⁴⁰⁹.

«La modernizzazione del controllo degli aiuti di Stato è necessaria per migliorare la qualità dell'analisi della Commissione e fare di tale strumento un mezzo in grado di

⁴⁰⁴ Reperibile all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>, e alla quale ha fatto seguito la risoluzione adottata dal Parlamento Europeo il 17 gennaio 2013 (*European Parliament Resolution on State Aid Modernisation*), reperibile all’indirizzo <http://www.europarl.europa.eu>.

⁴⁰⁵ Cfr. sul punto il par. 3 della Comunicazione dell’8 maggio 2012, cit.

⁴⁰⁶ «Questo comporterebbe [rileva la Commissione] anche la soppressione progressiva di sovvenzioni che determinino un uso inefficiente delle risorse o danni ambientali, in linea con la comunicazione della Commissione "Tabella di marcia verso un’Europa efficiente nell’impiego delle risorse", COM(2011) 571 definitivo, pag. 10».

⁴⁰⁷ Cfr. sul punto il par. 4 della Comunicazione dell’8 maggio 2012, cit.

⁴⁰⁸ «Il "Quadro di valutazione degli aiuti di Stato - Relazione sugli aiuti di Stato concessi dagli Stati membri dell’UE", COM(2011) 848 definitivo, offre [rileva la Commissione] una panoramica della spesa pubblica in aiuti di Stato».

⁴⁰⁹ Cfr. sul punto il par. 5 della Comunicazione dell’8 maggio 2012, cit.

promuovere un impiego adeguato delle risorse pubbliche e l'attuazione di politiche orientate alla crescita, limitando le distorsioni della concorrenza che metterebbero a rischio le condizioni di parità nel mercato interno. L'attuale complessità delle norme sostanziali e del quadro procedurale, che si applicano nello stesso modo sia ai casi più piccoli che a quelli più grandi, rappresenta una sfida per il sistema di controllo degli aiuti di Stato»⁴¹⁰.

Alla luce di tali premesse, la Commissione rileva che: «la modernizzazione del controllo sugli aiuti di Stato persegue pertanto tre obiettivi: *i) promuovere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva in un mercato interno competitivo*⁴¹¹; *ii) concentrare il controllo ex ante della Commissione sui casi con il maggiore impatto sul mercato interno rafforzando nel contempo la cooperazione tra gli Stati membri in materia di*

⁴¹⁰ Cfr. sul punto il par. 6 della Comunicazione dell'8 maggio 2012, cit.

⁴¹¹ Sul punto, al par. 18 della Comunicazione dell'8 maggio 2012 cit. la Commissione precisa: «Le proposte di modernizzazione del sistema di aiuti di Stato che contribuiscono al raggiungimento dell'obiettivo della crescita sono:

(a) individuazione e definizione di **principi comuni** applicabili dalla Commissione nella valutazione della compatibilità di tutte le misure d'aiuto. Questi principi orizzontali, che preciserebbero le modalità di valutazione, da parte della Commissione, di caratteristiche comuni attualmente non trattate nella stessa maniera nei vari orientamenti e discipline, dovrebbero essere quanto più possibile operativi e potrebbero affrontare la definizione e la valutazione delle reali disfunzioni del mercato, l'effetto di incentivazione e le conseguenze negative degli interventi pubblici, includendo eventualmente considerazioni sull'impatto complessivo degli aiuti;

(b) **revisione e razionalizzazione degli orientamenti in materia di aiuti di Stato** in modo da renderli coerenti con tali principi comuni. La revisione seguirà un approccio generale basato sul rafforzamento del mercato interno e sulla promozione di una maggiore efficacia della spesa pubblica (ricorso agli aiuti di Stato solo nei casi in cui questo rappresenti un reale valore aggiunto). Una definizione più chiara dei fallimenti del mercato che devono essere affrontati e un maggior controllo dell'effetto di incentivazione avranno un ruolo importante in tale contesto per garantire un uso ottimale delle risorse ed evitare le distorsioni. Si dovrà inoltre procedere ad una valutazione più sistematica dei potenziali effetti negativi degli aiuti di Stato, in particolare in termini di distorsioni dell'efficienza allocativa e dinamica, di gare di sovvenzioni tra Stati e di potere di mercato. Ad esempio, la versione rivista degli orientamenti sugli aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione per le imprese non finanziarie sarà uno strumento molto importante per controllare un tipo di aiuti molto distorsivi onde garantire che il processo di mercato che determina l'uscita dell'impresa dal mercato venga interrotto da un intervento dello Stato solo in casi realmente giustificati. Analogamente, se le condizioni di mercato lo consentiranno, verrà predisposta per il contesto post-crisi una nuova serie di norme per il salvataggio e la ristrutturazione delle istituzioni finanziarie, in linea con le future proposte di gestione e la risoluzione della crisi a livello di UE. Infine, l'individuazione delle migliori pratiche per quanto riguarda le priorità di spesa di Europa 2020 dovrebbe consentire un'analisi rapida degli aiuti che hanno un buon rapporto costi/benefici e che stimolano la crescita. Per quanto riguarda la razionalizzazione, in una prima fase si potrebbe procedere all'allineamento e al consolidamento, rispetto ai principi comuni, di vari orientamenti, compresi quelli relativi agli aiuti a finalità regionale, alla ricerca, sviluppo e innovazione, all'ambiente, al capitale di rischio e alla banda larga (tipologie che rappresentano più dei due terzi degli aiuti concessi nell'UE) entro la fine del 2013. Questo permetterebbe di cercare sinergie tra i diversi sistemi di aiuto e di soddisfare obiettivi molteplici. L'adozione individuale di ciascun orientamento avverrà in modo progressivo e rapido durante tale periodo. Successivamente saranno progressivamente allineati e consolidati altri orientamenti».

applicazione delle norme sugli aiuti di Stato⁴¹²; iii) *razionalizzare le norme e accelerare i tempi di decisione*⁴¹³»⁴¹⁴ (corsivo aggiunto).

Quanto agli sviluppi futuri, La Commissione stima che «la modernizzazione degli aiuti di Stato quale sopra delineata dovrebbe portare a un'architettura più chiara e coerente del controllo sugli aiuti di Stato. Le possibili misure sopra indicate sono gli elementi costitutivi integrati di un unico pacchetto di riforma. Le possibili misure sopra descritte, quindi, contribuiscono nel loro insieme al conseguimento degli obiettivi di alto livello – si rafforzano a vicenda e sono interdipendenti. Ad esempio, le misure procedurali sopra proposte consentirebbero un processo decisionale più rapido e

⁴¹² Sul punto, al par. 20 della Comunicazione dell'8 maggio 2012 cit. la Commissione precisa: «Le proposte di modernizzazione degli aiuti di Stato che contribuiscono all'obiettivo della definizione delle priorità sono:

(a) l'eventuale revisione del **regolamento "de minimis"**, sulla base di una valutazione d'impatto dettagliata, tenendo conto della situazione in tutti gli Stati membri e nel mercato interno nel suo insieme, nonché delle implicazioni a livello di bilancio di una tale revisione, onde valutare se l'attuale soglia corrisponde ancora alle condizioni di mercato;

(b) eventuali modifiche del **regolamento di applicazione** del Consiglio onde permettere alla Commissione di dichiarare che determinate categorie di aiuti sono compatibili con il mercato comune e dunque dispensate dall'obbligo di notifica ex ante. A sua volta, questo permetterebbe un aumento dei tipi di aiuto che, in base all'esperienza della Commissione, potrebbero beneficiare di tale controllo semplificato, senza ridurre l'efficacia dell'azione della Commissione e del monitoraggio ex post. Tra i nuovi tipi di aiuti per cui varrebbe il regolamento di applicazione vi sarebbero ad esempio: gli aiuti a favore della cultura, gli aiuti destinati a ovviare ai danni causati da calamità naturali, gli aiuti a favore di progetti (parzialmente) finanziati dall'UE come JESSICA, ecc.

(c) la revisione ed eventuale estensione del **regolamento generale di esenzione per categoria** per le categorie di aiuti a cui si applica il regolamento di applicazione rivisto, allo scopo di migliorare l'instradamento delle risorse pubbliche verso determinati obiettivi prestabiliti, semplificando al tempo stesso il trattamento amministrativo delle misure ben concepite e con importi di aiuto relativamente bassi».

⁴¹³ Sul punto, al par. 23 della Comunicazione dell'8 maggio 2012 cit. la Commissione precisa: «Gli elementi del pacchetto che contribuiscono al raggiungimento di tale obiettivo sono:

(c) il chiarimento e la migliore illustrazione del **concetto di aiuti di Stato**: si tratta di un concetto oggettivo, definito direttamente dal trattato all'articolo 107, relativo a qualsiasi misura concessa mediante un intervento dello Stato o attraverso risorse statali, atta ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri, che conferisce al beneficiario un vantaggio e falsa o minaccia di falsare la concorrenza. Il ruolo della Commissione al riguardo si limita al chiarimento sul modo in cui intende ed applica le disposizioni del trattato, quali interpretate dalla Corte di giustizia. Nel rispetto di tali limiti, la Commissione fornirà ulteriori chiarimenti in merito agli aspetti fondamentali relativi al concetto di aiuto onde contribuire ad un'applicazione più agevole;

(d) la modernizzazione del **regolamento di procedura relativo agli aiuti di Stato** per quanto riguarda il trattamento delle denunce e gli strumenti per la raccolta di informazioni di mercato, onde consentire alla Commissione di concentrare meglio la propria azione sui casi che hanno la maggiore rilevanza per il mercato interno. Si tratta di permettere alla Commissione di stabilire delle priorità per il trattamento delle denunce, onde stabilire la priorità delle denunce di presunti aiuti potenziali con un ampio impatto sulla concorrenza e sugli scambi nel mercato interno. Parallelamente, per essere in grado di esaminare in modo efficace i casi di aiuti con impatto significativo, la Commissione dovrebbe essere dotata di strumenti più efficienti per ottenere tutte le informazioni necessarie dagli operatori del mercato, in tempo utile per raggiungere le decisioni entro tempi adeguati alle esigenze delle imprese. Tale modernizzazione delle procedure consentirebbe alla Commissione di avviare d'ufficio un maggior numero di indagini in merito alle distorsioni della concorrenza significative che ostacolano il mercato interno. Dovrebbe inoltre consentire una rapida verifica degli effetti di mercato prodotti dalle misure di aiuto, il che permetterebbe un processo decisionale più rapido».

⁴¹⁴ Cfr. sul punto il par. 8 della Comunicazione dell'8 maggio 2012, cit.

permetterebbero alla Commissione di concentrare la propria opera di applicazione delle norme sulle questioni più importanti a livello di Unione europea. Una logica analoga vale per l'estensione dell'ambito d'applicazione del regolamento generale di esenzione per categoria attraverso la modifica del regolamento di applicazione»⁴¹⁵.

Conseguentemente, «in considerazione dell'interdipendenza tra obiettivi ed elementi del pacchetto e onde massimizzare i risultati dell'opera di modernizzazione del sistema degli aiuti di Stato, è inoltre auspicabile che i principali elementi della riforma entrino in vigore contemporaneamente. I diversi processi cominceranno pertanto a partire dall'adozione della presente comunicazione; i principali strumenti del pacchetto, compresi gli atti del Consiglio, dovrebbero essere adottati entro la fine del 2013»⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Cfr. sul punto i parr. 24 e 25 della Comunicazione dell'8 maggio 2012, cit.

⁴¹⁶ Cfr. sul punto il par. 26 della Comunicazione dell'8 maggio 2012, cit.

CAPITOLO III

L'evoluzione normativa della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

SOMMARIO: 1. La *legge Prodi* del 3 aprile 1979, n. 95: il contesto economico-giuridico all'epoca della sua introduzione. - 1.1. (*Segue*). Le osservazioni della Commissione europea sulla *legge Prodi*. - 1.2. (*segue*). I casi cc.dd. *Ecotrade* e *Piaggio* all'esame della Corte di Giustizia. - 2. La (prima) riforma dell'amministrazione straordinaria: la cosiddetta *Prodi bis*. - 2.1 (*Segue*). Le principali differenze tra la "nuova" disciplina di cui alla *Prodi bis* e la *legge Prodi*. - 2.2 (*Segue*). Criticità del d. lgs. n. 270/1999. Il requisito del rapporto tra indebitamento e patrimonio. - 2.3. (*Segue*). Le osservazioni della Commissione europea sulla *Prodi bis*. - 3. Il decreto legge n. 347 del 23 dicembre 2003, conv. in l. n. 39/2004 (cd. *legge Marzano*). Finalità ed obiettivi. - 3.1. (*Segue*). Tratti distintivi del *decreto Marzano*. Caratteristiche e profili critici. Novità e differenze rispetto alla *Prodi bis*. - 3.2. (*Segue*). La conversione in legge n. 39/2004 (cd. *legge Marzano*) del d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003. Novità ed emendamenti. - 3.3. (*Segue*). Compatibilità della *legge Marzano* con l'ordinamento comunitario. Primi rilievi. - 4. Differenze fra la disciplina di cui alla *Prodi bis* e la *legge Marzano*. - 5. Le successive modifiche legislative in materia di amministrazione straordinaria. Prospettive di riforma. - 6. La procedura "speciale" per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali.

1. La *legge Prodi* del 3 aprile 1979, n. 95: il contesto economico-giuridico all'epoca della sua introduzione.

Gli anni '70 furono contrassegnati dal susseguirsi di provvedimenti che miravano al salvataggio delle imprese in crisi: alla luce di tali iniziative, non mancarono accuse di "assistenzialismo", soprattutto in relazione ad alcune imprese che, di converso, si riteneva dovessero essere espulse dal mercato⁴¹⁷.

La consacrazione di tale tendenza politico-legislativa può rinvenirsi nell'introduzione, nel nostro ordinamento, della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, regolata in origine dalla legge 3 aprile 1979, n. 95, c.d. *Legge Prodi*: a conferma della finalità "assistenzialista", la legge veniva promulgata in concomitanza di significativi dissesti economici relativi a gruppi di imprese dalla rilevanza strategica per l'economia nazionale; dissesti che, per vero, difficilmente potevano essere ricondotti in via esclusiva ad inefficienze ("endogene") di carattere gestionale bensì furono influenzati anche da fattori esogeni, quali l'improvviso aumento del prezzo dei prodotti petroliferi che si verificò alla metà degli anni settanta, il

⁴¹⁷ Contemporaneamente, negli USA, prendeva piede la *rescue culture*, della quale la procedura della *Reorganization*, regolata dal *Chapter Eleven* della *Bankruptcy Law*, costituisce espressione (S. BUTERA, *L'amministrazione delle grandi imprese in crisi ed il chapter eleven: due sistemi a confronto*, in *Il Diritto fallimentare*, 2006, I, 159). Tale procedura è tradizionalmente finalizzata alla soluzione della crisi dell'impresa attraverso un piano di riorganizzazione assimilabile sotto alcuni profili al nostro piano di concordato preventivo: esso è infatti volto al soddisfacimento dei creditori nonché, contestualmente alla conservazione dell'attività dell'impresa in crisi. Sul tema v., da ultimo, C. COSTA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2008, 6 ss.

progressivo aumento del costo del lavoro, la crisi monetaria provocata dalla incapacità delle nostre produzioni di rendersi competitive rispetto a quelle presenti sul mercato internazionale⁴¹⁸.

Un quadro d'insieme che, a circa quarant'anni di distanza, ricorda quello attualmente in essere in Europa (ma, più in generale, anche a livello globale) e che negli anni recenti ha fatto sì che la Commissione europea abbia rilevato la necessità di rivedere la normativa europea sugli aiuti di Stato, di cui si è ampiamente trattato nel secondo capitolo del presente lavoro.

A riprova della complessità del tessuto economico-sociale in cui interveniva la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, basti rilevare che già prima dell'introduzione della procedura *de qua* vi erano stati alcuni interventi legislativi ispirati dalle medesime finalità di tutela, in quanto precipuamente protesi a ridurre la carenza di risorse finanziarie nonchè a favorire la conservazione delle unità produttive: il riferimento è, *inter alia*, (i) alla legge 7 giugno 1974, n. 216, istitutiva della Consob, volta a garantire la tutela del risparmio ed una maggiore trasparenza del mercato azionario; (ii) alla legge 30 aprile 1976, n. 159, che poneva vincoli all'esportazione di capitali per favorire l'impiego di risorse finanziarie all'interno del Paese; (iii) alla legge 12 agosto 1977 n. 675, istitutiva del C.I.P.I. con il compito di determinare gli indirizzi di politica industriale (riduzione dell'importazione e sviluppo dell'esportazione, creazione di occupazione aggiuntiva nel Mezzogiorno, mobilità della mano d'opera, riduzione del costo del lavoro per le imprese grazie all'istituto della Cassa Integrazione Straordinaria).

Ancor prima erano state emanate: (i) la legge 22 marzo 1971, n. 184, concernente interventi per la ristrutturazione e la riconversione di imprese industriali con l'ampio intervento delle società di Gestione e di partecipazioni industriali (G.E.P.I.); (ii) la legge 5 dicembre 1978 n. 787 contenente disposizioni per agevolare il risanamento finanziario delle imprese mediante la partecipazione a società consortili⁴¹⁹.

⁴¹⁸ In tal senso v. M. GALIOTO- A. PALUCHOWSKI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1991.

⁴¹⁹ Trattasi di "società costituite per perseguire gli scopi propri dei consorzi"; di conseguenza, il fine cui tendono non si concretizza nella realizzazione di un utile da dividere tra i consorziati, bensì nel conseguimento per essi di un vantaggio mutualistico, "sub specie di risparmio nei costi di produzione o di aumento dei prezzi di vendita dei prodotti delle rispettive imprese": così in V. ALLEGRI, L. CALVOSA, A. CERRAI, F. D'ALESSANDRO, S. FORTUNATO, G. GRIPPO, A. MAFFEI ALBERTI, V. MANGINI, G. PARTESOTTI, A. PIRAS, G. SCOGNAMIGLIO, G. VOLPE PUTZOLU, G. ZANARONE, *Diritto commerciale*, 2004, 388. In particolare, l'art. 1 della legge 5 dicembre 1978, n. 787, dispone che le società consortili hanno per oggetto esclusivo la sottoscrizione e la vendita di azioni e di obbligazioni convertibili in azioni emesse da imprese industriali per aumenti di capitale od emissioni di obbligazioni convertibili connessi a piani di risanamento produttivo, economico e finanziario delle imprese emittenti.

L'anno successivo, con il decreto legge 30 gennaio 1979 n. 23, convertito con modificazioni nella richiamata legge 3 aprile 1979 n. 95, c.d. legge *Prodi*, è stata introdotta l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Merita di essere sin da subito chiarito come al di là della primaria ottica di "conservazione" e "risanamento" delle grandi imprese in crisi, si è rilevato che nella legge Prodi si annidava una più profonda finalità di tutela, di stampo "preventivo": "evitare che il dissesto delle grandi industrie provocasse una crisi delle grandi banche"⁴²⁰.

In tale contesto socio-economico, la legge n. 95/79 introdusse nel nostro ordinamento una quinta procedura concorsuale⁴²¹ avente carattere di "specialità accentuata" o di "quasi singolarità"⁴²² che si proponeva di comporre la crisi delle grandi imprese mediando tra i legittimi interessi dei creditori, da una parte, e dei lavoratori, dall'altra⁴²³. Si poneva così termine all'adozione di una serie di provvedimenti normativi indirizzati al salvataggio delle imprese "decotte", sostituendoli con interventi preordinati, per converso, alla conservazione dell'unità produttiva⁴²⁴, ravvisando nel risanamento gestionale ed economico dell'impresa (piuttosto che dell'imprenditore) l'obiettivo primario⁴²⁵.

⁴²⁰ In tal senso M. VALIGNANI, *La crisi della grande impresa: l'evoluzione dell'amministrazione straordinaria*, in *Impresa*, 2005, 1742 e ss.: "Occorreva anche evitare un altro e forse ancor più grave pericolo, che pochi allora e in seguito hanno percepito: che il dissesto delle grandi industrie provocasse una crisi delle grandi banche. Queste erano esposte per crediti ingentissimi: se ne fosse emersa subito la quasi totale irrecuperabilità, la stabilità di qualcuna di queste banche sarebbe stata compromessa. La circostanza che le imprese debitorie, in base alla nuova procedura, continuassero l'attività in una prospettiva di possibile risanamento fornì per alcuni anni alla Banca d'Italia il pretesto per consentire di mantenere in bonis le relative esposizioni e, alle banche, la possibilità di evidenziare in bilancio e di assorbire le inevitabili perdite nell'arco di alcuni esercizi".

⁴²¹ Dopo il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione controllata.

⁴²² M. T. CIRENEI, *L'amministrazione straordinaria tra diritto concorsuale e diritto della concorrenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 294. Sul punto v. anche S. PACCHI PESUCCI, *Dalla nuova amministrazione straordinaria alla riforma delle procedure relative alle imprese in crisi, il disegno di legge delega governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 32 ss.

⁴²³ Così S. PACCHI PESUCCI, *Dalla nuova amministrazione straordinaria alla riforma delle procedure relative alle imprese in crisi, il disegno di legge delega governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 35, rinviando a G. MINERVINI, *Alcune riflessioni in tema di composizione dell'impresa industriale*, in AA.VV., *Problemi attuali dell'impresa in crisi*, Padova, 1983, 14.

⁴²⁴ In tal senso M. T. CIRENEI, *L'amministrazione straordinaria*, cit., 304. la quale ravvisa nella legge n. 95/79 "il canto del cigno di un interventismo statale non sempre propriamente in linea con regole e principi del diritto della concorrenza" caratterizzato, inoltre, dalla «mancanza di ogni elementare garbo nell'atteggiare le misure statali in modo da renderle giustificabili e comunque comprensibili anche nel quadro di un ordinamento, come quello comunitario, ispirato ai principi di un'economia aperta ed in libera concorrenza".

⁴²⁵ In tal senso S. AMOROSINO, *Profili pubblicistici comuni delle amministrazioni d'emergenza, straordinarie e commissariali, di imprese in crisi o con gravi irregolarità gestionali*, in *Società italiana di Diritto ed Economia*, SIDE Working Papers, 2005.

La legge n. 95/79 nasce così come alternativa alla procedura fallimentare ordinaria, con lo scopo principale di fornire uno strumento idoneo a favorire il salvataggio delle imprese ritenute di maggior interesse per l'economia nazionale (con esonero dal fallimento): e ciò anche laddove le imprese in questione siano anche solo parzialmente recuperabili, come nel caso di un gruppo in cui solo una o poche delle imprese ad esso partecipanti siano in possesso dei requisiti per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, attraendo le altre – alle condizioni previste dalla legge – nella procedura complessiva.

Più precisamente, la normativa introduce un regime derogatorio alla normale procedura fallimentare del quale possono beneficiare le grandi imprese in crisi aventi da almeno un anno, un numero di addetti non inferiore a trecento, ed «una esposizione debitoria, verso istituti o aziende di credito o istituti di previdenza e di assistenza sociale»⁴²⁶, o società partecipate in percentuale maggioritaria dallo Stato, «superiore a cinque volte il capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato»⁴²⁷; regime derogatorio che si concretizzava in un considerevole allontanamento dal modello fallimentare ordinario, imperniato sulla cessazione-liquidazione dell'impresa con finalità di soddisfacimento dei creditori, in favore di un modello incentrato, per converso, sul proseguimento dell'attività aziendale in un'ottica di continuazione “a priori” dell'attività di impresa, piuttosto che di soddisfacimento dei (soli) creditori⁴²⁸.

Sulle finalità “alternative” (al fallimento) della procedura di amministrazione straordinaria si sono concentrati i dubbi della dottrina e della giurisprudenza (anche comunitaria) in termini di parità di trattamento delle imprese e, precisamente, di alterazione degli equilibri concorrenziali, con conseguente (potenziale) violazione della disciplina sugli aiuti di Stato.

⁴²⁶ Cfr. l'art. 1 della *legge Prodi (Imprese soggette all'amministrazione straordinaria e norme applicabili)*, come modificato e successivamente abrogato dall'articolo 109, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

⁴²⁷ V. ancora l'art. 1 della *legge Prodi (Imprese soggette all'amministrazione straordinaria e norme applicabili)*, come modificato e successivamente abrogato dall'articolo 109, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

⁴²⁸ In tal senso S. PACCHI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti” dimensioni*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, 2010, 834. Con riferimento alla posizione dei creditori – si è rilevato – è evidente che essi sono coinvolti dalla crisi economica dell'impresa e dal conseguente dissesto patrimoniale del debitore in termini di potenziale elusione della possibilità di veder soddisfatti, totalmente o parzialmente, i crediti da essi vantati verso l'imprenditore: sul punto v. E. CERRITELLI, *La crisi dell'impresa e le procedure concorsuali*, in *Manuale del Diritto Fallimentare*, 1995, Roma, 11 – 20.

Parte della dottrina⁴²⁹ ha osservato che il risanamento, ai sensi della legge n. 95/79, poteva considerarsi effettivamente preferibile ma solo eventuale; secondo altra parte della dottrina e della giurisprudenza⁴³⁰, di converso, tale evento doveva considerarsi “normale”, circostanza che sarebbe stata confermata dalla molteplicità di strumenti tecnico-giuridici che la rendevano possibile⁴³¹.

Diverso l’approccio di quella giurisprudenza che considerava l’amministrazione straordinaria come procedura finalizzata in primo luogo alla riorganizzazione delle strutture produttive e solo in via subordinata alla liquidazione soddisfattiva⁴³².

Ad ogni modo, si stima che durante la vigenza della disciplina di cui alla *legge Prodi*, più di 200 società in crisi hanno evitato il fallimento⁴³³; tuttavia, come già accennato, numerosi sono stati i rilievi mossi alla disciplina introdotta da tale legge.

Il principale punto critico veniva individuato nell’arbitrarietà dell’accesso alla procedura, in quanto dipendente dalle dimensioni dell’impresa piuttosto che dalla concreta possibilità di risanamento della stessa⁴³⁴; altresì si rilevava che il ceto creditorio non disponesse di alcuno strumento utile ad intervenire sulla (ed eventualmente contestare la) decisione relativa alla continuazione dell’esercizio d’impresa, potendo far leva sulla clausola generale di cui all’art. 2, che recitava: «*tenendo conto anche dell’interesse dei creditori*».

Ma a ben vedere, la critica più significativa investiva, a monte, la “filosofia legislativa”, preordinata alla conservazione in vita di imprese dissestate⁴³⁵ attraverso interventi statali di varia natura, quali agevolazioni fiscali, concessioni di garanzie, rinuncia parziale o totale ai crediti pubblici e “*meccanismi di finanziamento forzoso, costituiti dalle revocatorie esperibili nei confronti dei creditori, il cui ammontare*

⁴²⁹ P. SCHLESINGER, *Una nuova procedura concorsuale: l’amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 1979, 31; A. CALAVAGLIO, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, *Diritto fallimentare*, a cura di S. SATTA, Padova, 1966, 570 ss. B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1983; ID., *Crisi dell’imprenditore e riorganizzazione dell’impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 231.

⁴³⁰ Prescindendo dal carattere meramente eventuale del provvedimento di cui all’art. 2, comma 1, l. n. 95/79 – ove viene utilizzato il verbo “può” – la prosecuzione dell’attività imprenditoriale veniva ritenuta una conseguenza normale dell’apertura della procedura, a fronte delle finalità risanatrici che la connotavano: cfr., per tutti, G. TARZIA, *I creditori nell’amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.* 1982, I, 730 e, in giurisprudenza, Cass., 14 luglio 1989, n. 3319, in *Il fallimento*, 1989, 1123.

⁴³¹ Sul punto A. GAMBINO, *Profili dell’esercizio dell’impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 559.

⁴³² Così S. PACCHI, *L’amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti” dimensioni*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, 2010, 835. V. Cass. 19 maggio 1997, n. 434, in *Fall.*, 1998, 598.

⁴³³ Così la FONDAZIONE ARISTEIA, *La legge Marzano: disciplina della ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni*, gennaio 2006, 4.

⁴³⁴ Così la FONDAZIONE ARISTEIA, *La legge Marzano: disciplina della ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni*, gennaio 2006, 5.

⁴³⁵ S. PACCHI, *L’amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti” dimensioni*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, 2010, 3.

confluisce comunque nelle risorse destinate al risanamento dell'impresa stessa" (corsivo aggiunto)⁴³⁶.

Parte di questi rilievi furono anche alla base delle censure mosse dalle istituzioni comunitarie alla *legge Prodi* (specie attraverso le sentenze c.d. *Ecotrade* e *Piaggio*, su cui si tornerà ampiamente nell'ultimo capitolo del presente lavoro), censure che condussero lo Stato italiano all'abrogazione della *legge Prodi* e alla promulgazione, con D. Lgs. n. 270/99, della c.d. *Prodi bis*.

1.1. (Segue). Le osservazioni della Commissione europea sulla legge Prodi.

Come accennato, la c.d. *legge Prodi* è stata abrogata nel 1999 a seguito delle censure mosse dalle istituzioni comunitarie in ordine alla ritenuta violazione da parte dell'Italia delle norme europee in materia di aiuti di Stato alle imprese: nell'ultimo capitolo del presente lavoro commenteremo ed approfondiremo i rilievi espressi dalle istituzioni comunitarie con lo scopo di comprenderne la reale portata, escludendo l'ipotesi di una censura *tout court* della *legge Prodi* (opinione a cui, per converso, hanno aderito in molti, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza).

In questa sede ci limiteremo a ripercorrere rapidamente le decisioni comunitarie in funzione della ricostruzione dell'evoluzione storica dell'istituto dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e, segnatamente, del suo processo di "adeguamento" al diritto dell'Unione europea.

Ciò premesso, occorre precisare che i primi interventi di censura della *legge Prodi* da parte degli organismi comunitari risalgono ("solo") agli anni '90; prima di allora varie ragioni, tra cui, *inter alia*, l'assenza di contestazioni ad opera delle imprese concorrenti rispetto a quelle sottoposte al regime di amministrazione straordinaria e l'asserita impossibilità di recuperare gli aiuti eventualmente già erogati⁴³⁷, avevano indotto la Commissione a soprassedere.

Con la lettera E 13/92 del 30 luglio 1992, invece, la Commissione osservò che la legge n. 95/79 nel suo complesso sembrava ricadere nell'alveo applicativo della normativa comunitaria sugli aiuti esistenti: l'esecutivo comunitario chiese quindi al

⁴³⁶ Cass., 19 maggio 1997, n. 434, in *Fall.*, 1998, 598 richiamata da S. PACCHI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di "rilevanti" dimensioni*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, 2010, 835.

⁴³⁷ In tal senso A. BARONE, *Compatibilità della legge Prodi con il diritto comunitario ed esercizio della revocatoria fallimentare*, in www.notariato.it, che ben ricostruisce la vicenda e a cui, pertanto, si rinvia per più ampi riferimenti ed approfondimenti.

Governo italiano di provvedere alla notifica preventiva di tutte le ipotesi di applicazione della *legge Prodi* così da poterne appurare la conformità rispetto alla normativa comunitaria⁴³⁸.

Per contro, il Governo italiano manifestò alla Commissione la propria disponibilità a notificare preventivamente i soli casi di concessione della garanzia dello Stato di cui all'art. 2 *bis* della *legge Prodi*, escludendo che, all'infuori di tale ipotesi, la disciplina dell'amministrazione straordinaria potesse presentare profili di contrasto con la disciplina comunitaria.

Di risulta la Commissione europea decise di avviare, con comunicazione C/97 del 25 marzo 1997, la procedura formale di cui al par. 2 dell'ex art. 93 del Trattato CE, sull'assunto che le misure previste della legge n. 95/79 avrebbero potuto "in relazione alla concreta circostanza di ciascun caso di applicazione, comportare degli aiuti di Stato".

Oltre alla constatazione per cui "la legge n. 95/1979, in particolare l'articolo 1, precisa che le imprese cui si applica sono soggette alla procedura di amministrazione straordinaria «con esclusione del fallimento»" - da ciò deducendo il carattere di procedura speciale dell'amministrazione straordinaria rispetto alla normale procedura fallimentare (specialità determinata dall'obiettivo di evitare che dalla crisi delle grandi imprese potesse derivare un pregiudizio all'economia nazionale) - i rilievi della Commissione si sono concentrati specificamente sulla previsione per cui il Tesoro italiano potesse garantire i debiti assunti dalle società soggette ad amministrazione straordinaria al fine di consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza, così come disposto dall'art. 2 *bis* della legge n. 95/1979⁴³⁹.

Precisamente, ai sensi dell'art. 2-*bis* della *legge Prodi*, la garanzia statale poteva assistere i debiti bancari contratti dalle imprese in amministrazione straordinaria per il finanziamento della gestione corrente, per la riattivazione ed il completamento di impianti ed attrezzature industriali.

La Commissione europea ha quindi statuito che le predette garanzie – le quali incidevano direttamente o indirettamente sui bilanci pubblici - potevano essere concesse dallo Stato italiano unicamente previa notifica - contenente richiesta di autorizzazione - alla Commissione medesima.

⁴³⁸ A. BARONE, *Compatibilità della legge Prodi con il diritto comunitario ed esercizio della revocatoria fallimentare*, in www.notariato.it.

⁴³⁹ R. GIORDANO, *Pregi e difetti della legge Prodi*, in [www.judicium. It/ricerca/contatti_glo. htm](http://www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm)

L'inottemperanza del Governo italiano rispetto al richiamato procedimento ha determinato l'apertura della procedura di infrazione nei confronti del nostro Paese.

Pertanto, con decisione del 16 maggio 2000 la Commissione ha infine dichiarato incompatibile con il mercato comune il regime introdotto dalla legge n. 95/79, in quanto costitutiva di un regime di aiuti vietato dagli ex artt. 87 e ss. del Trattato, ma ha tuttavia rinunciato al recupero degli aiuti concessi sulla scorta del legittimo affidamento (in ordine alla compatibilità degli stessi con la disciplina comunitaria) ingenerato nelle imprese beneficiarie in ragione della (in)attività della stessa Commissione⁴⁴⁰.

Tale decisione era stata preceduta da due sentenze della Corte di Giustizia⁴⁴¹ (di cui si dirà *infra*), anch'esse volte a censurare, in particolare, l'art. 2 *bis* sopra citato.

La dichiarazione di incompatibilità della *legge Prodi* con il mercato comune si è fondata, in particolare, sulla constatazione per cui l'autorizzazione a continuare l'attività economica, concessa all'impresa, potrebbe comportare *un onere supplementare per i poteri pubblici* (come si dirà meglio nell'ultimo capitolo del presente lavoro), specie laddove fosse dimostrato che lo Stato o altri enti pubblici figurino tra i principali creditori dell'impresa in difficoltà⁴⁴².

Altro profilo di contrasto con la normativa comunitaria (sopra accennato) era individuato nella circostanza per cui l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria poneva l'impresa beneficiaria in una condizione di sicuro privilegio⁴⁴³ rispetto ad altre imprese sottoposte all'ordinaria procedura fallimentare; e ciò in quanto veniva consentita la continuazione dell'attività d'impresa in situazioni nelle quali essa sarebbe stata normalmente preclusa in virtù dell'assoggettamento alla procedura fallimentare.

Peraltro, il fatto che - come dimostrato dalla casistica - l'impresa ammessa fosse di solito debitrice nei confronti dello Stato (o di altri enti pubblici) rendeva ancor più evidente il richiamato profilo di contrasto in virtù della produzione, come già accennato, di un onere economico supplementare per lo Stato che, nella maggior parte dei casi, non solo rinunciava ai propri crediti ma concedeva a sua volta garanzie per il risanamento dell'impresa insolvente.

⁴⁴⁰ A. BARONE, *Compatibilità della legge Prodi con il diritto comunitario ed esercizio della revocatoria fallimentare*, in www.notariato.it.

⁴⁴¹ *Ecotrade s.r.l. contro Ferriere Servola s.p.a.* (1 dicembre 1998), *Società Rinaldo Piaggio s.p.a. contro Dornier Luftfahrt GmbH* (17 giugno 1999).

⁴⁴² A. ROSSI-D. GALLETTI, *Gli aiuti di Stato*, in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm rinviando alla decisione della Commissione, 16 maggio 2000.

⁴⁴³ F. SANTANGELI, *Il d.l. Marzano, ovvero, le mani della politica sui procedimenti di ristrutturazione (rectius: o mantenimento in vita purchessia) delle "grandissime" imprese in crisi*, in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm

Infine, si contestava che le misure di sostegno previste dalla *legge Prodi* erano elargite a seguito del semplice insorgere dello stato di grave crisi aziendale, “senza prevedere invece alcun criterio selettivo utile a restringerne la concessione alle sole imprese insolventi meritevoli (quelle che avrebbero potuto essere effettivamente risanate entro un termine ragionevole sottoponendole ad un credibile ed incisivo piano di ristrutturazione, come richiesto dalla Commissione negli *Orientamenti sugli aiuti per la ristrutturazione ed il salvataggio delle imprese in difficoltà*⁴⁴⁴)”⁴⁴⁵.

1.2. (Segue). I casi cc.dd. *Ecotrade* e *Piaggio* all’esame della Corte di Giustizia.

Oltre ai rilievi mossi dalla Commissione, occorre tenere in considerazione le due fondamentali pronunce della Corte di Giustizia (meglio analizzate nell’ultimo capitolo del presente lavoro e prima accennate) che resero infine matura la scelta di accantonare l’esperienza della *legge Prodi*: una di esse vede opposte le Ferriere di Servola alla *Ecotrade*⁴⁴⁶ mentre l’altra ha ad oggetto una controversia tra la *Piaggio* e la *Luftfahrt Gmbh*⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Comunicazione della Commissione dell’8 luglio 1999, in *GUCE* C 288 del 9 ottobre 1999.

⁴⁴⁵ Così APPIANO, *La compatibilità della nuova amministrazione straordinaria con le norme del Trattato in materia di aiuti*, reperibile in www.appiano.info.

⁴⁴⁶ Sentenza 1 dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*, in *Raccolta*, pag. I-7907. “l’applicazione ad un’impresa (...) di un regime quale quello introdotto dalla legge n. 95/79 e derogatorio alle regole normalmente vigenti in materia di fallimento dà luogo alla concessione di un aiuto di Stato, vietato dall’art. 4, lett. c), del Trattato CECA, allorché è dimostrato che questa impresa è stata autorizzata a continuare la sua attività economica in circostanze in cui una tale eventualità sarebbe stata esclusa nell’ambito dell’applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento, o ha beneficiato di uno o più vantaggi, quali una garanzia di Stato, un’aliquota d’imposta ridotta, un’esecuzione dall’obbligo di pagamento di ammende e altre sanzioni pecuniarie o una rinuncia effettiva, totale o parziale, ai crediti pubblici, dei quali non avrebbe potuto usufruire un’altra impresa insolvente nell’ambito dell’applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento”. V. sul punto E. A. APPIANO, *La compatibilità dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi con il diritto comunitario della concorrenza: qualche miglioramento ... e nuovi guai*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1988, 1062.

In senso conforme, *ex multis*, Corte di Giustizia, 7 maggio 1998, cause riunite C-52/97, C-53/97 e C-54/97, *Viscido c/ Poste Italiane*, in *Foro it.*, 1999, IV, 6. Alla corte di Giustizia veniva sottoposta, tra le altre, la seguente questione: se una disposizione nazionale che esonera una sola impresa dal rispetto della normativa generale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato costituisca un aiuto di Stato ai sensi dell’art. 92, n. 1, del Trattato. La Corte ha statuito “che solo i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali vanno considerati aiuti ai sensi dell’art. 92, n. 1, del Trattato. Invero, la distinzione stabilita da questa disposizione tra gli «aiuti concessi dagli Stati» e gli aiuti concessi «mediante risorse statali» non significa che tutti i vantaggi consentiti da uno Stato costituiscano aiuti, che siano o meno finanziati mediante risorse statali, ma è intesa solamente a ricomprendere nella nozione di aiuto non solo gli aiuti direttamente concessi dagli Stati, ma anche quelli concessi da enti pubblici o privati designati o istituiti dagli Stati”.

⁴⁴⁷ Sentenza della Corte del 17 giugno 1999, in causa C-295/97, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio, Ifitalia, Dornier Luftfahrt GmbH e Ministero della Difesa*, in *Raccolta*, 1999, p. I- 3751.

Mentre le censure mosse dalla Corte di Giustizia nei casi in esame e dalla Commissione con la decisione 2001/212/CE sono sostanzialmente convergenti, le ricadute applicative dell'ex art. 88 par. 3 del Trattato sono di segno differente.

Entrambi i casi sottoposti all'esame della Corte di Giustizia traggono origine da un rinvio pregiudiziale - operato dalla Suprema Corte di Cassazione italiana in un caso e dal Tribunale di Genova nell'altro - finalizzato ad ottenere la pronuncia della Corte di Giustizia in ordine alla compatibilità (o meno) delle disposizioni contenute nella c.d. *legge Prodi* con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato.

Invero, nelle due controversie, taluni creditori delle società Ecotrade e Piaggio, entrambe in amministrazione straordinaria, si erano opposti alla richiesta di restituzione/revoca dei pagamenti ottenuti prima dell'apertura della procedura di amministrazione straordinaria; tale richiesta era fondata sul disposto di cui all'art. 4 del d.l. 31 luglio 1981 che stabiliva: "*Le azioni esecutive individuali non possono essere né iniziate né proseguite dopo l'emanazione del decreto che dispone l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria*".

Il rinvio pregiudiziale si era quindi reso necessario (in entrambi i casi) poiché l'eventuale dichiarazione di incompatibilità con l'ordinamento comunitario della procedura di amministrazione straordinaria di cui alla *legge Prodi* avrebbe determinato l'inapplicabilità della legge nazionale e, conseguentemente, la salvezza dei pagamenti ottenuti dai creditori⁴⁴⁸.

Assunto che (i) solo le imprese in possesso dei requisiti di cui alla *legge Prodi* potevano accedere alla procedura "speciale" di amministrazione straordinaria, caratterizzata da alcune misure alternative (ed agevolative) rispetto al fallimento, fra le

Sul punto v. anche M. T. CIRENEL, *La riforma dell'amministrazione straordinaria alla luce della disciplina comunitaria degli aiuti: fine di un contenzioso?*, in *Dir. Comm. Int.*, 1999, 525; R. GENTILI, *La legge Prodi all'esame della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, 1999, 313.

⁴⁴⁸ In tal senso v. L. SESTA, *Gli aiuti di Stato ed il mercato unico*, in www.diritto.it. Nel caso *Ecotrade* la Corte di Giustizia stabilì: "si deve ritenere che l'applicazione ad un'impresa, di un regime quale quello introdotto dalla Legge 95/79 derogatorio alle regole normalmente vigenti in materia di fallimento, dà luogo alla concessione di un aiuto di Stato, allorché è dimostrato che l'impresa: i) sia stata autorizzata a continuare l'attività economica, in circostanze in cui tale eventualità sarebbe stata esclusa nell'ambito di applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento; ii) abbia beneficiato di uno o più vantaggi quali una garanzia di Stato, un'aliquota di imposta ridotta, un'esecuzione dell'obbligo di pagamento di ammenda e altre sanzioni pecuniarie o una rinuncia effettiva, totale o parziale ai crediti".

Nel caso *Piaggio* La Corte di Giustizia statuí che "qualora sia dimostrato che un regime come quello istituito dalla legge 95/79 è idoneo, di per sé, a generare la concessione degli aiuti di Stato, detto regime non può essere attuato se non è stato notificato alla Commissione e in caso di notifica, prima di una decisione della Commissione che riconosca la compatibilità del progetto di aiuto con il mercato comune o, se la Commissione non adotta nessuna decisione entro due mesi a decorrere dalla notifica prima della scadenza di tale termine".

quali, in particolare, la continuazione dell'attività d'impresa in pendenza della procedura, ma anche il congelamento dei debiti fiscali, l'esonero dal pagamento di penali e sanzioni per omesso versamento dei contributi previdenziali, la riduzione dell'imposta di registro in caso di cessione dell'azienda, nonché la garanzia statale per i debiti contratti dal commissario per la gestione corrente, per la riattivazione ed il completamento degli impianti, di immobili e di attrezzature industriali⁴⁴⁹; (ii) la *legge Prodi* attribuiva un ampio margine di discrezionalità al Ministro dell'Industria (di concerto col Ministro del Tesoro) nell'ammissione delle imprese di cui sopra alla procedura di amministrazione straordinaria, in luogo della procedura fallimentare ordinaria, *la Corte di Giustizia ha rinvenuto nel regime istituito dalla legge Prodi quei tratti di selettività potenzialmente idonei* (alle condizioni indicate nelle sentenze *Ecotrade* e *Piaggio* e di cui si dirà più approfonditamente nell'ultimo capitolo del presente lavoro) *a ritenere configurabili possibili forme di aiuto di Stato*.

Una prima forma di aiuto, secondo la Corte di Giustizia, sarebbe stata identificabile nella possibilità attribuita all'impresa insolvente di continuare ad esercitare l'attività d'impresa: tale vantaggio era invece precluso alle imprese soggette alla procedura fallimentare la quale, per converso, era volta in primo luogo a garantire la tutela dei creditori piuttosto che il recupero dell'impresa in difficoltà⁴⁵⁰.

Infatti, sebbene anche la disciplina sul fallimento prevedesse al vecchio art. 90 l.f. (poi riformato nel 2006) la possibilità che l'impresa dichiarata fallita venisse autorizzata dal Tribunale alla prosecuzione (in via provvisoria) dell'attività, tale autorizzazione, (i) in primo luogo, poteva essere concessa unicamente nell'ipotesi in cui dalla improvvisa interruzione fosse potuto derivare un pregiudizio grave ed irreparabile; e (ii) in ogni caso – a conferma della rilevanza della tutela dei creditori – era subordinata al consenso del comitato dei creditori, il quale, una volta eventualmente concessa l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, aveva diritto ad ottenere con cadenza bimestrale un resoconto sulla gestione, con facoltà di richiedere in qualsiasi momento la revoca dell'esercizio provvisorio dell'impresa⁴⁵¹.

Nel sistema delineato dalla *legge Prodi*, invece, la decisione circa la continuazione dell'attività di impresa – piuttosto che essere subordinata a condizioni specifiche (ad es. l'assenso dei creditori), come nel fallimento – era rimessa (solo) alla scelta discrezionale

⁴⁴⁹ L. SESTA, *Gli aiuti di Stato ed il mercato unico*, in www.diritto.it.

⁴⁵⁰ In tal senso v. L. Sesta, *Gli aiuti di Stato ed il mercato unico*, in www.diritto.it.

⁴⁵¹ In tal senso v. L. SESTA, *Gli aiuti di Stato ed il mercato unico*, in www.diritto.it.

del Ministro, il quale era tenuto unicamente a *tenere in considerazione anche l'interesse dei creditori*⁴⁵².

Conseguentemente, la Corte di Giustizia (conformemente alla Commissione), nei dispositivi delle sentenze *Ecotrade* e *Piaggio*, ha chiarito che la configurabilità di un aiuto di Stato è subordinata alla presenza di un duplice requisito: *a)* la circostanza che un'impresa o una produzione ottenga un *regime di favore* che falsi o minacci di falsare la concorrenza tanto da incidere sugli scambi tra Stati membri (ed in ciò potendosi ravvisare il carattere di “selettività” trattato nell'analisi della disciplina sugli aiuti di Stato); *b)* che tale regime di favore sia permesso dall'erogazione, diretta o indiretta, di risorse pubbliche, ossia *implichi un onere supplementare per lo Stato*.

Il dispositivo della sentenza *Ecotrade* è sostanzialmente identico a quello della sentenza *Piaggio*⁴⁵³, salva l'aggiunta che segue (in relazione alle osservazioni dell'Avvocato Generale): “*Qualora sia dimostrato che un regime come quello istituito dalla legge Prodi è idoneo di per sé a generare la concessione di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 92 n. 1 del Trattato CE il detto regime non può essere attuato se non è stato notificato alla Commissione e, in caso di notifica, prima di una decisione della Commissione che ne riconosca la compatibilità con il mercato comune o, se la Commissione non adotta alcuna decisione entro due mesi a decorrere dalla notifica, prima della scadenza di tale termine*”.

Nelle sentenze di cui si discute la Corte di Giustizia ha chiarito che la previsione della continuazione dell'esercizio di impresa nell'amministrazione straordinaria si trasformava in sostanza in un intervento di carattere “assistenzialista”, attuato - oltre che sulla scorta di una scelta discrezionale del Ministro - anche (e soprattutto) grazie ad agevolazioni pubbliche in favore di imprese che in realtà risultavano oggettivamente prive di concrete possibilità di risanamento; di risulta, si segnalava la lesione della posizione dei creditori dell'impresa in amministrazione straordinaria che, di fatto, si trovavano costretti a subirne l'impossibile ripresa economica senza veder soddisfatti i propri diritti⁴⁵⁴.

⁴⁵² In tal senso ancora L. SESTA, *Gli aiuti di Stato ed il mercato unico*, in www.diritto.it.

⁴⁵³ Sentenza 17 giugno 1999, causa C-295/97, in *Foro it.*, 2000, IV, 8.

⁴⁵⁴ In tal senso V. ANIBALLI, *Trasferimento di “ramo d'azienda” nelle vicende circolatorie endoconcorsuali: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in www.aidlass.it, che mette in risalto la “compressione delle ragioni del ceto creditorio che si trovava a “finanziare” l'impossibile recupero economico delle imprese”.

La procedura dava quindi luogo ad effetti distorsivi della concorrenza “nella misura in cui la prosecuzione dell’attività avesse impedito l’uscita dal mercato di imprese decotte”⁴⁵⁵.

Il “contenzioso” con le istituzioni comunitarie si è poi concluso con la richiamata decisione della Commissione del 16 maggio 2000.

Nell’ultimo capitolo del presente lavoro si ritornerà sull’interpretazione delle decisioni della Commissione e della Corte di Giustizia, utili nell’ambito dell’indagine di compatibilità della recente versione della procedura di amministrazione straordinaria (c.d. *Alitalia*) rispetto alla disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato.

2. La (prima) riforma dell’amministrazione straordinaria. La cosiddetta *Prodi bis*.

Nella pendenza dei procedimenti d’indagine e giurisdizionali presso la Commissione e la Corte di Giustizia, lo Stato italiano provvedeva a riformare la procedura di amministrazione straordinaria attraverso l’approvazione del d. lgs. n. 270 del 1999 recante la «*Nuova disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d’insolvenza, a norma dell’art. 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274*»⁴⁵⁶.

E’ stato osservato⁴⁵⁷ che, diversamente dalla precedente disciplina di cui alla *legge Prodi*, che faceva riferimento alla *crisi* delle imprese assoggettate alla procedura, il titolo del decreto del ’99 e le disposizioni ivi contenute fanno piuttosto espressa menzione dell’*insolvenza* dell’impresa.

Altresì, si è rilevato⁴⁵⁸ che nella *Prodi bis* la grande impresa insolvente continua ad essere sottoposta ad una procedura tipica⁴⁵⁹ la cui gestione è pur sempre rimessa

⁴⁵⁵ Così V. ANIBALLI, *Trasferimento di “ramo d’azienda” nelle vicende circolatorie endoconcorsuali: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in www.aidlass.it. V. Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA e International Factors Italia SpA*, in *Fall.*, 1999, 1183; Corte di Giustizia, 1 dicembre 1998, C-200/97, *Ecotrade Srl v Altiforni e Ferriere di Servola SpA*, in *Giur. it.*, 1999, 545.

⁴⁵⁶ Sul tema v. per tutti S. PACCHI PESUCCI, *L’amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti dimensioni”*, cit., 4.

⁴⁵⁷ Sulla variazione terminologica v. L. DE ANGELIS, *Le nozioni di impresa e insolvenza nella nuova legge n. 270/99*, in *Fallimento*, 2000, 275; S. PACCHI PESUCCI, *Dalla nuova amministrazione straordinaria alla riforma delle procedure relative alle imprese in crisi, il disegno di legge delega governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 32; G. TERRANOVA, *Il concetto di insolvenza*, Torino, 1998, 30 ss; P. SCHLESINGER, *Una nuova procedura concorsuale: l’amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 1979.

⁴⁵⁸ S. PACCHI PESUCCI, *L’amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti” dimensioni*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, 2010, 836.

⁴⁵⁹ Così M. T. CIRENEL, *L’amministrazione straordinaria*, cit., 311, “da un lato [...] la procedura acquista con la riforma un posto stabile nel sistema “a superamento della previsione di transitorietà indefinita” di cui all’art. 6 ter della legge 3 aprile 1979, n. 95”.

all'autorità amministrativa ma quella giudiziaria si "riappropria" di alcune sue funzioni tipiche: infatti, a seguito dell'accertamento giudiziale dell'insolvenza⁴⁶⁰, il Tribunale può valutare le possibilità di risanamento dell'impresa e, in ipotesi di esito negativo dell'indagine, dichiararne il fallimento.

Con la riforma del 1999 il legislatore ha dunque previsto precise condizioni, in particolare la sussistenza di reali e concrete prospettive di recupero dell'attività imprenditoriale, che solo se soddisfatte potranno garantire l'accesso dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria in luogo del fallimento.

L'accertamento delle predette condizioni (art. 27 del d. lgs. n. 270/99) è preceduto funzionalmente da alcuni adempimenti preliminari, tra cui la c.d. *fase di osservazione o prognostica*⁴⁶¹ (art. 30 del d. lgs. n. 270/99).

Il recupero dell'attività imprenditoriale deve potersi conseguire, in via alternativa: (i) mediante la cessione di complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'attività di durata non superiore ad un anno; (ii) attraverso la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni.

La principale innovazione rispetto alla *legge Prodi* può essere rinvenuta nella "riconfigurazione" della procedura secondo uno schema c.d. a "doppio binario", che rende la stessa "bifasica"⁴⁶²: infatti, in una prima fase il Tribunale accerta l'esistenza dei presupposti per l'avvio della procedura⁴⁶³ ed emette la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza con cui, *inter alia*, nomina il commissario giudiziale (a cui è affidata temporaneamente la gestione dell'impresa) ed il giudice delegato; nella seconda fase,

⁴⁶⁰ G. ROSSI, *Crisi dell'impresa: soluzioni al confine tra diritto societario e fallimentare*, in *Fallimento*, 1997, 914 ss., ivi alla p. 915, secondo il quale "il concetto di insolvenza presenta sicuramente molti equivoci, perché l'incapacità di pagare i propri debiti alla scadenza, la difficoltà temporanea o meno, a seconda delle accezioni che le varie procedure concorsuali hanno, in realtà prescinde sistematicamente da una valutazione dell'impresa ai fini della sua continuità, cioè della sua possibilità di risanamento e quindi di ristrutturazione".

⁴⁶¹ V. G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000, 3, il quale rileva come, in concreto, l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria derivi dall'adozione di un provvedimento dal carattere "complesso" che include la sentenza di accertamento dello stato di insolvenza e il decreto con cui si ravvisano le possibilità di recupero economico e finanziario dell'impresa.

⁴⁶² COSÌ MONTANARI, *L'amministrazione straordinaria delle grandissime imprese in stato d'insolvenza: profili problematici del procedimento e dei relativi effetti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 291.

⁴⁶³ V. art. 2, D. Lgs. n. 270/99 per cui sono ammesse all'amministrazione straordinaria le imprese soggette alle disposizioni sul fallimento che hanno congiuntamente i seguenti requisiti: a) un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno; b) debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio.

sulla scorta della relazione sulle concrete prospettive recupero dell'impresa redatta dal commissario giudiziale e del parere reso dal Ministero, il Tribunale dichiara l'apertura della procedura o, alternativamente, il fallimento dell'impresa⁴⁶⁴.

Nell'ipotesi in cui il Tribunale decreti l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, il Governo nomina un commissario straordinario cui viene affidata la gestione dell'impresa ed al quale spetta altresì il compito di predisporre ed eseguire il programma. Sullo svolgimento della procedura, a seguito della sua apertura, vigilano sia il Ministero che l'autorità giudiziaria.

2.1. (Segue). Le principali differenze tra la “nuova” disciplina di cui alla *Prodi bis* e la *legge Prodi*.

La procedura delineata dalla *Prodi bis* si diversifica sotto vari profili rispetto all'amministrazione straordinaria *ex legge Prodi*.

Invero - oltre ai requisiti per l'ammissione - una prima differenza può essere già rinvenuta nell'*accesso* alla procedura di risanamento con continuazione dell'attività economica, sostanzialmente “automatico” nella *legge Prodi* – e pertanto considerato come forma di “assistenzialismo” a favore di imprese prive di reali possibilità di risanamento, con conseguente danno a carico del ceto creditorio costretto a “finanziare” il preteso recupero economico di tali imprese⁴⁶⁵ – mentre ai sensi del d. lgs. n. 270/99 la continuazione dell'attività d'impresa costituisce un'ipotesi solo eventuale, posto che alla procedura sono ammesse unicamente le imprese dichiarate insolventi «*qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali*» (cfr. artt. 27 e 81 del D. Lgs. n. 270/99)⁴⁶⁶.

L'obiettivo primario della *legge Prodi* era infatti la continuazione dell'esercizio d'impresa, così da salvaguardare al massimo i lavoratori delle imprese in crisi; di

⁴⁶⁴ Pertanto, nel nuovo sistema delineato dal decreto n. 270, è prevista la possibilità di applicare, in via alternativa tra loro, sia l'amministrazione straordinaria che la procedura fallimentare (laddove non vi siano i presupposti per l'a.s.); ciò a differenza di quanto disciplinato nella previgente *legge Prodi* che escludeva il potenziale “concorso concorrenziale” fra le due procedure: cfr. A. CESARONI - P. DE GIOIA CARABELLESE, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1990, 975; M. FABIANI, *L'alternativa tra fallimento e vecchia amministrazione straordinaria*, in *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di Castagnola – Sacchi, Torino, 2000, 22.

⁴⁶⁵ Così V. ANIBALLI, *Trasferimento di “ramo d'azienda” nelle vicende circolatorie endoconcorsuali: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in www.aidlass.it

⁴⁶⁶ A. MELUCCO, *Amministrazione straordinaria*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, Torino, 2011, 773 ss.

contro, quello del d. lgs. n. 270/99, come emerge dall'art. 1, è la conservazione del patrimonio produttivo.

Sul punto si è tuttavia rilevato che la circostanza per cui - indipendentemente dalla realizzazione del programma di risanamento - la procedura cessa in ipotesi di mancata presentazione di domande di insinuazione oppure qualora i creditori siano stati tutti soddisfatti lascia intendere che “la funzione principe dell'amministrazione straordinaria è il soddisfacimento dei creditori”⁴⁶⁷.

Ulteriore profilo di distinzione è stato rinvenuto nell'assunzione della decisione di ammissione alla procedura: infatti, mentre nella disciplina di cui alla *legge Prodi* tale competenza era riservata al Ministero dell'industria di concerto con il Ministro del tesoro, il d. lgs n. 270/99 attribuisce tale potere al Tribunale, deputato altresì a statuire sulle effettive possibilità di recupero economico dell'impresa, mentre il Ministro interviene solo successivamente (ed eventualmente) al compimento di tali valutazioni⁴⁶⁸.

Inoltre, nel sistema della l. n. 95/79, alla base della procedura di risanamento vi era il programma redatto dal Commissario Straordinario, con cui egli, nella prospettiva del risanamento, formulava valutazioni economico-finanziarie ed un programma degli investimenti necessari; si asteneva, invece (non essendo richiesto dalla legge) dal pronunciarsi sul possibile esito della procedura e/o sull'eventuale soddisfacimento dei creditori⁴⁶⁹.

Nel d. lgs. n. 270/99, invece, il legislatore ha tipizzato il programma di continuazione e recupero dell'attività di impresa, che si estrinseca in due forme predefinite, *i.e.* la cessione dei complessi aziendali o il risanamento economico e finanziario dell'impresa: in tal modo anche la finalità e il “percorso” della procedura sono predefiniti ed orientati dal legislatore verso determinati obiettivi.

In realtà, anche nel sistema della *legge Prodi* potrebbe rinvenirsi una duplice ipotesi di programma, di “sistemazione” dell'insolvenza, da un lato, e di risanamento aziendale, dall'altro, ma nella sola ipotesi di autorizzazione della continuazione dell'esercizio dell'impresa⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Così S. PACCHI PESUCCI, *Dalla “nuova” amministrazione straordinaria alla riforma delle procedure relative alle imprese in crisi: il disegno di legge delega governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 34.

⁴⁶⁸ V. www.ilfallimento.it/tesiericerche/amministrazionestraordinaria.

⁴⁶⁹ V. www.ilfallimento.it/tesiericerche/amministrazionestraordinaria.

⁴⁷⁰ V. P. PAJARDI, *La fase di instaurazione del processo di amministrazione straordinaria*, in *Manuale di Diritto Fallimentare*, 1993, Milano, 1013.

In ordine poi alla disciplina dei poteri e delle funzioni degli organi preposti alla procedura, si è rilevato che la legge n. 95/79 indicava che determinate funzioni venissero svolte “impersonalmente” dalla pubblica amministrazione (si v. l’espressione “autorità di vigilanza”), mentre altre direttamente dal Ministero dell’Industria⁴⁷¹. Nel decreto n. 270/99, invece, l’autorità amministrativa non viene più identificata con l’autorità di vigilanza, posto che le funzioni sono ripartite (precisamente) tra Ministro e Ministero, incaricato della vigilanza sulla procedura⁴⁷².

Altresì, rispetto alla previgente disciplina, nel d. lgs. n. 270/99, in ossequio al criterio c.d. del “*doppio binario*”, è stata operata una più netta separazione di competenze fra l’autorità amministrativa, che svolge funzioni di vigilanza e di indirizzo “gestionale”⁴⁷³, mentre l’autorità giudiziaria, incaricata di fondamentali funzioni (*in primis* l’avvio della procedura), presiede al (proprio naturale) ruolo di garante giurisdizionale⁴⁷⁴.

Infine, l’art. 36 del d. lgs. n. 270/99 prevede che «*per quanto non previsto dallo stesso decreto, si applicano alla procedura di amministrazione straordinaria, ove compatibili, le disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa*»⁴⁷⁵.

2.2. (Segue). Criticità del d. lgs. n. 270/1999. Il requisito del rapporto tra indebitamento e patrimonio.

Nonostante l’intervento di riforma della procedura di amministrazione straordinaria, che ha determinato l’abrogazione della *legge Prodi*, talune criticità sono state evidenziate anche a proposito della c.d. *Prodi bis*.

Una peculiare perplessità ha investito il requisito per l’ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di cui all’art. 2, punto b), del decreto legislativo n.

⁴⁷¹ V. LO CASCIO, *Commentario alla legge sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000, 191.

⁴⁷² V. A. PATTI, *La tutela dei creditori nell’amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2000, 258; cfr. altresì sul tema D. MAZZOCCA, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Napoli, 2001, 56.

⁴⁷³ V. A. PALUCHOWSKY, *Nuova disciplina dell’amministrazione straordinaria*, in *Codice del Fallimento*, a cura di PAJARDI e COLESANTI, Milano, 2004, 1834.

⁴⁷⁴ V. www.ilfallimento.it/tesiericerche/amministrazionestraordinaria.doc.

⁴⁷⁵ V. A. FIALE, “*La riforma*”, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1999, Napoli, 824 e www.ilfallimento.it/tesiericerche/amministrazionestraordinaria.doc.

270/1999⁴⁷⁶: si è rilevato che il rapporto intercorrente tra indebitamento e patrimonio, e ancora, tra indebitamento e fatturato, non rappresenterebbe le reali dimensioni dell'impresa, posto che detto rapporto, laddove frazionato, potrebbe interessare le imprese di qualsivoglia dimensione.

Altresì, si è osservato che il livello di indebitamento, sebbene esemplificativo di una criticità, rappresenterebbe una soglia superabile anche da imprese non necessariamente in stato di insolvenza: il riferimento va, a titolo di esempio, ad imprese che abbiano contratto debiti a lungo termine finalizzati ad investimenti a redditività duratura. All'opposto, si è constatato che potrebbero esservi grandi imprese manifestamente insolventi che presentino tuttavia una soglia di indebitamento inferiore ai due terzi delle poste attive elette ad indici di riferimento⁴⁷⁷.

L'indicatore selezionato dal legislatore è apparso dunque sostanzialmente inadatto in quanto non terrebbe in considerazione un parametro che è stato ritenuto invece di primaria rilevanza per identificare la "grande impresa", *i.e.* il livello di fatturato conseguito nell'ultimo anno. Sul presupposto che l'impresa assoggettata ad amministrazione straordinaria potrebbe non continuare a detenere quote di mercato considerevoli, il riferimento a tale parametro avrebbe consentito di valutare la concreta fattibilità del processo di ristrutturazione dell'impresa.

Si è osservato che una siffatta scelta legislativa si sarebbe rivelata coerente con la normativa comunitaria che considera il fatturato quale indice sintomatico di una grande impresa, ma anche con l'ordinamento nazionale che già fa riferimento a tale parametro sia all'art. 2435 bis c.c., per le imprese soggette al bilancio in forma abbreviata, sia all'art. 2477 c.c. per l'obbligo di revisione legale dei conti nella s.r.l.

Ad ogni buon conto e in termini più generali, la "nuova" disciplina dell'amministrazione straordinaria, seppur contraddistinta da rilevanti elementi innovativi rispetto alla previgente *legge Prodi*, non è stata considerata la soluzione preferibile per porre rimedio alle difficoltà socio-economiche insite nella crisi della grande impresa: in tal senso si sono pronunciate parte della dottrina e della giurisprudenza ma soprattutto il legislatore che ha predisposto diversi progetti di

⁴⁷⁶ Art. 2, punto b) d. lgs. n. 270/99: «debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio».

⁴⁷⁷ Così CNDCEC, *Amministrazione straordinaria per le grandi imprese in crisi*, 2010. Sulla differenza fra stato di crisi e stato di insolvenza e sugli indici sintomatici di quest'ultimo, si v., per tutti, TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007.

riforma della procedura di amministrazione straordinaria che pur tuttavia spesso non hanno avuto seguito⁴⁷⁸.

2.3. (Segue). Le osservazioni della Commissione europea sulla *Prodi bis*.

La previsione che ha invece sollevato dubbi di compatibilità del d. lgs. n. 270/99 con l'ordinamento comunitario è contenuta nel relativo art. 106⁴⁷⁹, che legittima la compresenza di due procedure (la previgente *legge Prodi* per le procedure di amministrazione straordinaria ancora pendenti e il decreto di riforma n. 270/99) dall'impianto di fondo e dai caratteri per certi versi incompatibili, con potenziale violazione dell'art. 3 della Costituzione⁴⁸⁰.

Per effetto della predetta previsione il legislatore aveva sostanzialmente preservato, seppur transitoriamente, la normativa di cui alla previgente *legge Prodi* per le procedure ancora in corso; ciò in spregio alle censure provenienti dagli organi comunitari, prima analizzate e culminate nella decisione della Commissione CE del 16 maggio 2000, che avevano denunciato la sostanziale incompatibilità della *legge Prodi* con il mercato comune⁴⁸¹.

Sul punto il Tribunale di Trieste, con sentenza del 14 gennaio 2002, ha rilevato che "l'art. 106, invero, nello stabilire che «le procedure di amministrazione straordinaria in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto continuano ad essere regolate dalle disposizioni anteriormente vigenti» dispone la «sopravvivenza» della vecchia disciplina, che viene mantenuta nella sua perfetta integrità. Ora, riesce difficile configurare un'armonizzazione della disposizione transitoria con le determinazioni assunte di recente dalla Commissione, affermative, senza possibilità di equivoci, della incompatibilità con il mercato comune del regime istituito dalla legge 95/79 che - si ripete - viene mantenuto inalterato. E la dottrina, del resto in sede di esame dell'art. 106 ha avvertito che la disposizione, così come formulata, espone il nostro Paese a rischio

⁴⁷⁸ Ad esempio il disegno di legge delega predisposto dal Governo datato 24 novembre 2000; Sul tema v. G. ALESSI, *Innovazioni, contraddizioni, equivoci e carenze del disegno di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2001, I, 141 ss.; L. PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali: due soluzioni a confronto*, in *Fall.*, 2001, II, 129 ss.

⁴⁷⁹ L'art. 106, comma 1 così recita: «Salvo quanto previsto dal comma 3, le procedure di amministrazione straordinaria in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto continuano ad essere regolate dalle disposizioni anteriormente vigenti, anche per quanto attiene al successivo assoggettamento ad amministrazione straordinaria delle società o imprese controllate, a direzione unica e garantite a norma dell'art. 3 del decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 aprile 1979, n. 95».

⁴⁸⁰ In tal senso v. www.ilfallimento.it/tesiericerche/amministrazionestraordinaria.doc.

⁴⁸¹ V. www.ilfallimento.it/tesiericerche/amministrazionestraordinaria.doc.

concreto di subire l'avvio di una procedura di infrazione per violazione di obblighi comunitari”.

Secondo l'orientamento del Tribunale di Trieste, non vi erano margini interpretativi per “salvare” la previsione transitoria di cui all'art. 106 d. lgs. n. 270/99, poiché essa si risolveva di fatto in un mero richiamo alla norma dichiarata illegittima dalla Commissione Europea; allo stesso modo, la provvisorietà dei relativi effetti, “pur destinati a cessare nel tempo, non giustificava una persistente violazione delle norme sulla concorrenza, a tutela delle quali gli organi comunitari erano intervenuti”⁴⁸².

Si è dunque prontamente rilevato in dottrina⁴⁸³ come la nuova disciplina – secondo alcuni operante in violazione della delega conferita⁴⁸⁴ - “da un lato non poneva fine al contenzioso apertosi in sede comunitaria e dall'altro, non poneva le procedure al riparo dagli effetti dei provvedimenti sanzionatori nei confronti della *legge Prodi*”⁴⁸⁵.

La Corte di Giustizia – nel richiamare la propria sentenza 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, sopra citata - si è pronunciata sull'argomento in una propria ordinanza⁴⁸⁶, osservando che “un regime transitorio quale quello previsto dall'art. 106 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, contenente una nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, che proroga l'efficacia di un regime nuovo di aiuti di Stato, non notificato alla Commissione delle Comunità europee e dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, costituisce esso stesso un *regime nuovo di aiuti di Stato* ai sensi degli artt. 87 CE e 88 CE”.

Tuttavia, nonostante la condanna della *legge Prodi* ad opera della Commissione CE, attraverso la decisione del 16 maggio 2000, diversi dubbi permanevano in ordine alle misure di cui alla *legge Prodi* effettivamente qualificabili (o meno) come aiuti di

⁴⁸² A. MELUCCO, *Legge Prodi e amministrazione “liquidatoria”: il destino singolare delle amministrazioni straordinarie ex lege 95/1979*, in *Temi Romana*, 2003, 196.

⁴⁸³ Cfr. F. DEVESCOVI, *Alti e bassi dell'eccezione comunitaria nell'applicazione della Legge Prodi*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2002, 1111 ss.; A. CAVALAGLIO, “*Requiem*” per la Prodi ... e adesso?, in *Fallimento*, 2001, 1168 ss.; G. TARZIA, *Disapplicazione della Legge Prodi per contrasto della disciplina comunitaria*, in *Fallimento*, 2000, 513.

⁴⁸⁴ Così A. MELUCCO, *Legge Prodi e amministrazione “liquidatoria”: il destino singolare delle amministrazioni straordinarie ex lege 95/1979*, in *Temi Romana*, 2003, 194 che precisa: “la legge delega infatti prevedeva [...] l'adozione di una disciplina transitoria finalizzata alla salvaguardia dell'occupazione e non la mera sopravvivenza della previgente disciplina”.

⁴⁸⁵ Così A. MELUCCO, *Legge Prodi e amministrazione “liquidatoria”: il destino singolare delle amministrazioni straordinarie ex lege 95/1979*, in *Temi Romana*, 2003, 194, rinviando a De Vescovi, *Alti e bassi dell'eccezione comunitaria nell'applicazione della Legge Prodi*, cit., 1115; MONTANARI, *La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: prosegue il dibattito*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, 168.

⁴⁸⁶ Ordinanza della Corte (Quinta Sezione) del 24 luglio 2003 - *Sicilcassa SpA contro IRA Costruzioni SpA e Francesco Gaetano Restivo Graci e altri e Francesco Gaetano Restivo Graci e altri contro IRA Costruzioni SpA*, Amministrazione straordinaria della Holding personale Graci Gaetano e Sicilcassa SpA. - Causa C-297/01.

stato incompatibili con il mercato comune, in tal senso oscillandosi, in particolare, fra le garanzie statali oppure le altre agevolazioni di cui non godevano le imprese *in bonis*.

Va premesso che l'eventuale adesione alla tesi dell'illegittimità *in toto* della *legge Prodi* – da escludere, anche alla luce delle considerazioni che formuleremo nell'ultimo capitolo del presente lavoro – avrebbe determinato la nullità *ab origine* delle procedure di amministrazione straordinaria *ante* riforma del 1999: un simile orientamento non è parso condivisibile, atteso che il risultato della disapplicazione discende *aliunde* dalle normative comunitarie applicabili⁴⁸⁷ e, ad ogni buon conto, avrebbe rappresentato una forzatura priva di effetti pratici⁴⁸⁸.

Infatti, il provvedimento della Commissione Europea è diretto allo Stato membro ed impone l'adeguamento dell'ordinamento nazionale agli obblighi statuiti con la pronuncia comunitaria; ciò conformemente al principio di esclusione della diretta operatività dei provvedimenti adottati a livello comunitario per i singoli ordinamenti nazionali (fatti salvi gli atti c.d. *self executing*).

Pertanto, in virtù della qualificazione della *legge Prodi* (seppur non nella sua integralità) come *aiuto di stato nuovo non notificato*, la Commissione avrebbe potuto avviare il procedimento finalizzato alla abrogazione della norma ritenuta illegittima, procedimento che – nei *desiderata* del legislatore – avrebbe dovuto concludersi con l'art. 7 della legge 12 dicembre 2002 n. 213⁴⁸⁹.

La norma *de qua* prevedeva la conclusione delle procedure *ex legge Prodi* in un ristretto margine temporale, con prosecuzione limitata alla sola c.d. "*gestione*

⁴⁸⁷ V. Consiglio Stato, sez. VI, 24 gennaio 1989, n. 30, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 162, ove si precisa che "a differenza di quanto avviene per i regolamenti comunitari ed alcune direttive, che presentano completezza di contenuto dispositivo (*self executing*), l'obbligatorietà delle decisioni della commissione CEE non ha portata generale ma assume la stessa forza delle direttive rivolte agli Stati non aventi contenuto astratto e ben delineato, e quindi, come tali, non direttamente applicabili; ne consegue che esse obbligano lo Stato destinatario a realizzare il risultato pratico indicato nel caso di specie, secondo gli strumenti propri del singolo ordinamento, senza che il singolo ministro, di propria iniziativa possa annullare un atto illegittimamente emanato sulla base di una legge tuttora operante, ancorché ritenuta dalla commissione in contrasto con una direttiva CEE, e sussista l'obbligo dello Stato di modificarla in conformità".

⁴⁸⁸ In tal senso A. MELUCCO, *Legge Prodi e amministrazione "liquidatoria": il destino singolare delle amministrazioni straordinarie ex lege 95/1979*, in *Temi Romana*, 2003, 197 ss..

⁴⁸⁹ Legge 12 dicembre 2002 n. 213 ("*Misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza*"), art. 7: «1. I commissari straordinari nominati nelle procedure di amministrazione straordinaria disciplinate dal decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 aprile 1979, n. 95, cessano dall'incarico il sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della presente legge.

2. Entro la data di cui al comma 1, i commissari provvedono a consegnare al competente ufficio del Ministero delle attività produttive il rendiconto della loro intera gestione e la relazione sull'attività svolta. Valutati il rendiconto e la relazione sull'attività svolta presentati, il Ministero delle attività produttive determina il compenso al commissario o ai commissari cessati, tenuto conto dei criteri di cui al decreto del Ministro di grazia e giustizia 28 luglio 1992, n. 570, nonché dell'ammontare dei compensi dai medesimi percepiti nel corso della procedura».

liquidatoria”, ad opera del Commissario liquidatore e con applicazione delle norme sulla liquidazione coatta amministrativa. In tal modo il legislatore perseguiva il duplice obiettivo di provvedere alla cessazione in tempi rapidi delle procedure ancora aperte ed alla relativa conversione, assicurando così continuità all’attività precedentemente posta in essere, in particolare qualora siano già in corso la dismissione del patrimonio e la liquidazione e ripartizione dell’attivo⁴⁹⁰.

3. Il decreto legge n. 347 del 23 dicembre 2003, conv. in l. n. 39/2004 (cd. *legge Marzano*). Finalità ed obiettivi.

Il decreto legge n. 347 del 23 dicembre 2003 recante “*Misure urgenti per la ristrutturazione di grandi imprese in stato di insolvenza*”, convertito con legge 18 febbraio 2004 n. 39, introduce nel nostro ordinamento una “variante” dell’amministrazione straordinaria disciplinata dal decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 applicabile – in virtù dell’innalzamento dei requisiti dimensionali per l’ammissione - alle grandissime imprese insolventi⁴⁹¹.

Il provvedimento, denominato legge *Marzano*⁴⁹² dal nome del Ministro delle Attività produttive in carica proponente, è stato adottato a seguito della gravissima crisi finanziaria della *Parmalat* (importante gruppo del settore agroalimentare), di poco preceduta dalla crisi di altre importanti aziende quali la *Cirio*, crisi che avevano coinvolto entrambe il mercato del pubblico risparmio⁴⁹³.

Oltre alle “tradizionali” esigenze di salvaguardare i complessi produttivi per la loro rilevanza strategica nell’economia nazionale, nel caso di specie sussisteva una ulteriore istanza di tutela, e cioè evitare che il dissesto di natura finanziaria potesse produrre un allontanamento dei consumatori per il venir meno della fiducia nei confronti delle imprese (quotate) e dei relativi prodotti (così vanificando il programma di “risanamento”)⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ Sul tema v., da ultimo, TOMASSO, *Osservazioni a Trib. Verona, 14 giugno 2012*, in *Fallimento*, 2013, n. 3, 364 ss.

⁴⁹¹ In tal senso FABIANI-FERRO, *Dai tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi d’impresa*, in *Fallimento*, 2004, 134; *contra*, a quanto sembra, S. BONFATTI, *L’amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza* (“legge Marzano”), in www.judicium.it.

⁴⁹² Denominato anche “*Prodi-ter*”, o, secondo altri, “*decreto salva-Parmalat*”.

⁴⁹³ L. GUALANDI, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in www.uninettuno.it/nettuno/italian/docenti/bacheca.asp?idProf=110&idCorso=7&idmat=318&idTCor=1

⁴⁹⁴ In tal senso SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall’amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 55 e L.

La disciplina introdotta con il d. lgs. n. 270/99 appariva inadeguata per la tutela dei predetti fini, e ciò sia per la tempistica della procedura (specie nella fase c.d. prodromica o di “osservazione”), ritenuta eccessivamente dilatata, che – soprattutto - per il carattere prevalentemente liquidatorio che essa assumeva, come dimostrato dalle risultanze applicative, atteso che fino al 2003 i programmi di cessione erano stati attuati in consistente prevalenza rispetto a quelli di ristrutturazione⁴⁹⁵.

Sulla scorta di tali premesse, e con la finalità primaria di garantire un avvio rapido della procedura per porre rimedio quanto prima al dissesto della Parmalat (evitando peraltro iniziative non coordinate dei creditori sia in Italia che all'estero⁴⁹⁶), il legislatore italiano si affrettò ad adottare un provvedimento d'urgenza, che si traduceva, secondo alcuni, “in un totale *bypass* dell'accertamento dei presupposti assegnati al tribunale dalla Prodi-bis” laddove invece “la decisione sull'ammissibilità del risanamento per ristrutturazione viene assegnata solo all'autorità amministrativa”⁴⁹⁷.

Su tali profili utili elementi di riflessione possono provenire dalla dottrina straniera⁴⁹⁸ che ha adottato un approccio interdisciplinare nello studio del diritto fallimentare e dei processi aziendali enfatizzando, in particolar modo, le esternalità negative, derivanti dall'insolvenza, diverse dagli (ed ulteriori rispetto agli) effetti sui creditori in senso stretto: in tal senso l'attenzione è stata posta, precipuamente, sugli effetti negativi in capo ai lavoratori delle imprese in crisi.

Il contesto ideale per misurare un simile fenomeno è quello dei gruppi di imprese (o della “rete”), o comunque della grande e grandissima impresa, collocata in posizione di *leadership* al termine di un sistema produttivo integrato, come nel caso appunto della

GUALANDI, *Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato d'insolvenza*, in *Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 716, nonché S. PACCHI PESUCCI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti” dimensioni*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, 2010, 838.

⁴⁹⁵ In tal senso S. PACCHI PESUCCI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti” dimensioni*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, 2010, 838-840.

⁴⁹⁶ V. la Relazione al decreto Marzano nonché, sul punto, T.A.R. Lazio, 16 luglio 2004, in *Foro it.*, 2004, III, p. 615; T.A.R. Lazio, 12 luglio 2004, n. 6805, in *Fall.*, 2004, p. 1243. V. anche S. PACCHI PESUCCI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti” dimensioni*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, 2010, 840, nonché, in senso critico, VINCRE, *Ammissione immediata all'amministrazione straordinaria*, in *Commentario alla legge Marzano*, a cura di CASTAGNOLA-SACCHI, Torino, 2006, 48.

⁴⁹⁷ Così APICE-MANCINELLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 430. L. GUALANDI *Misure urgenti per la ristrutturazione industriale*, cit., p. 716 osserva anzi che il dato esperienziale “dovrebbe piuttosto far riflettere sull'effettiva percorribilità della via della ristrutturazione tracciata dagli artt. 27, 2° comma, lett. b), e 56, 3° comma, D.Lgs. n. 270, e sulla opportunità di avviare una procedura di ristrutturazione in mancanza di una valutazione (o al massimo a seguito di un velocissimo e quindi sommario esame) da parte della autorità amministrativa”.

⁴⁹⁸ V. FINCH, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, Cambridge, 2002, 29 ss.

Parmalat, la cui crisi ha evidentemente coinvolto economie molto più ampie e complesse di quelle riferibili ai soli creditori.

Altresì, la crisi *Parmalat* ha orientato l'attenzione anche su altri fattori intrinsecamente connessi alla crisi delle grandi imprese, quali il ruolo del sistema bancario - che, nel caso di specie, pur consapevole delle condizioni in cui versava la *Parmalat*, ha consentito l'emissione di *bond* - e delle società di revisione che, pur in presenza di evidenti irregolarità hanno certificato la regolarità dei bilanci: irregolarità che, come noto, sono state alla base delle azioni giudiziarie esperite dal commissario straordinario Bondi verso i soggetti a vario titolo coinvolti nel dissesto della *Parmalat*⁴⁹⁹.

3.1. (Segue). Tratti distintivi del decreto Marzano. Caratteristiche e profili critici. Novità e differenze rispetto alla Prodi bis.

Ferma la peculiarità dei presupposti alla base del nuovo intervento legislativo, non sono mancate opinioni negative in ordine alla necessità/opportunità di adottare una nuova “variante” dell'amministrazione straordinaria per fronteggiare i predetti problemi. In particolare, si è ritenuto che il provvedimento in esame “costituisca un pessimo esempio di tecnica legislativa”, che tradirebbe “lo spirito di qualsiasi moderna visione del diritto concorsuale” eliminando la fase c.d. di osservazione o prognostica in favore dell'ammissione immediata alla procedura concorsuale⁵⁰⁰.

Invero, si è rilevato che la *legge Marzano* ha segnato, per alcuni aspetti, un ritorno alla disciplina delle grandi imprese in crisi di cui alla *legge Prodi*, in forza della quale l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, a seguito dell'accertamento dello stato di insolvenza, era disposta (discrezionalmente e in maniera sostanzialmente “automatica”) con decreto del Ministro dell'Industria nella sussistenza dei soli requisiti dimensionali.

Rispetto al decreto legislativo n. 270 del 1999, invece, le innovazioni riguardano essenzialmente l'introduzione, per l'ammissione alla procedura, di un meccanismo di

⁴⁹⁹ Cfr. G. FERRARINI - P. GIUDICI, *Scandali finanziari e ruolo dell'autorità privata: il caso Parmalat*, in GALGANO - VISENTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da GALGANO, Padova, 2006, 197 ss.

⁵⁰⁰ Vedi A. ROSSI - D. GALLETTI, *La (troppo) breve storia di una (troppo) breve legge*, in www.judicium.it

valutazione parallelo affidato all'autorità giudiziaria e la previsione del concordato con i creditori nel programma di ristrutturazione.

Altresì, mutano – evidentemente - i presupposti dimensionali per poter accedere alla procedura di amministrazione straordinaria *ex legge Marzano*, stabiliti congiuntamente, con il decreto legge, in un numero di lavoratori subordinati non inferiori a mille da almeno un anno e debiti non inferiori ad un miliardo di euro, e successivamente ridotti, rispettivamente, a 500 dipendenti da almeno un anno - compresi i lavoratori ammessi al trattamento Cassa Integrazione Guadagni – ed a non meno di trecento milioni di euro per i debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate.

È stata osservato che la previsione dei succitati requisiti espone il fianco a più di una critica: invero, un'impresa con un'esposizione debitoria così consistente risulterà difficilmente risanabile e, inoltre, potrebbe esservi il tentativo di incrementare la massa passiva «al solo scopo di poter richiedere l'accesso alla “ristrutturazione industriale”» prevista dalla *legge Marzano*; altresì la previsione di un limite temporale per il numero dei lavoratori (“non inferiori a mille da almeno un anno”) desta più di qualche perplessità in ordine alla sua reale fondatezza⁵⁰¹.

Ad ogni modo, l'impresa in possesso dei predetti requisiti può chiedere al Ministero – attraverso istanza motivata corredata della documentazione necessaria - di essere ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria *ex legge Marzano*.

Il riconoscimento del potere di iniziativa al solo imprenditore - e non anche ad altri soggetti interessati (cfr. art. 3 del decreto legislativo n. 270/1999) - può trovare il proprio fondamento logico nel fatto che questi sia il soggetto che meglio di altri (e più a fondo) possa conoscere le cause reali del proprio stato di sofferenza (nonché l'effettiva intensità) e fornire una precisa diagnosi della crisi; inoltre, la remissione volontaria ad un terzo del potere di verifica della propria attività gestionale può far presumere l'assunzione di un atteggiamento di “leale cooperazione” da parte dell'imprenditore al fine di favorire l'adozione delle prime misure di contenimento e, in ultimo, di pervenire al risanamento⁵⁰².

Esaurita l'iniziativa, il Ministro, una volta valutata la sussistenza dei requisiti per l'ammissione immediata alla procedura di amministrazione straordinaria, nomina il

⁵⁰¹ Queste le osservazioni di A. ROSSI - D. GALLETTI, La (troppo) breve storia di una (troppo) breve legge, in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm. V. anche LO CASCIO, *L'espansione dell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2005, n. 4, 378 ss.

⁵⁰² Sul tema v. S. PACCHI PESUCCI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti” dimensioni*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, 2010, 838 ss.

commissario straordinario entro il termine di 5 giorni dalla comunicazione del decreto che dichiara aperta la procedura.

Come illustrato nella relazione governativa, il provvedimento che dichiara aperta la procedura di amministrazione straordinaria è demandato alla competenza dell'autorità governativa la quale verifica della sussistenza dei requisiti per l'ammissione alla procedura. La *ratio* di siffatta scelta risiede nella eccessiva complessità e laboriosità della fase di apertura prevista dal d. lgs. n. 270/99, spesso troppo lunga nel periodo c.d. di osservazione, tale da mettere a rischio la prosecuzione delle attività industriali e lo stesso buon esito della procedura concorsuale.

Nonostante la astratta condivisibilità di tali argomentazioni, non sono mancate critiche in dottrina fondate sull'eccessivo ampliamento dei poteri dell'autorità amministrativa – sulla scia di quanto avvenuto con l'abrogata *legge Prodi* e tanto da indurre alcuni commentatori a parlare di “gestione amministrativa della crisi”⁵⁰³, sottratta alla “giurisdizionalizzazione”⁵⁰⁴ -, incaricata di (i) valutare la sussistenza dei requisiti per l'apertura della procedura; (ii) pronunciare il provvedimento di ammissione (immediata, con soppressione della c.d. fase di osservazione) prima dell'avvenuta dichiarazione dello stato di insolvenza da parte del Tribunale (diversamente dalla *Prodi bis*)⁵⁰⁵, individuando nella conservazione dell'impresa l'unica soluzione della crisi⁵⁰⁶;

⁵⁰³ V. sul punto S. BONFATTI, “L'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza”, in www.judicium.org. Con specifico riferimento al caso Parmalat, le conferme in ordine a tale teoria sarebbero state rinvenute nella circostanza per cui il decreto legge è stato emesso il 23 dicembre, pubblicato il 24, e il primo decreto di ammissione alla procedura è dello stesso giorno 24, previa istanza depositata nel medesimo giorno. Si è osservato che appare oggettivamente difficile comprendere su quali basi il Ministro abbia potuto stabilire così celermente che sussistessero i presupposti per tentare la ristrutturazione: secondo altri autori la circostanza ben si può comprendere alla luce del preminente obiettivo di tutela dei numerosi lavoratori presso l'impresa nonché dei tanti medi e piccoli risparmiatori che dovevano essere salvaguardati da un così grave dissesto dell'impresa.

⁵⁰⁴ C. PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 253 ss. Sul punto, v. anche S. BONFATTI, “L'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza”, in *Fallimento*, 2004, 363 e in www.judicium.org, il quale ha ravvisato nell'intervento legislativo la «volontà di riappropriare alla politica la gestione dei “salvataggi” dei grandi (*rectius*: “grandissimi”) gruppi industriali, sottraendo le relative procedure a quel tanto di *giurisdizionalizzazione* che la loro disciplina aveva registrato nel passaggio della legge *Prodi* del 1979 alla cosiddetta *Prodi bis* del 1999».

⁵⁰⁵ Sul recupero di “giurisdizione” vedi U. APICE, *Il ruolo del giudice ordinario nel corso dell'amministrazione straordinaria: accertamento del passivo, ripartizione dell'attivo, tutela dei diritti soggettivi*, Frascati, 19 aprile 2000. V. altresì GUGLIELMUCCI, *La disciplina speciale dell'amministrazione per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 1226, e GUALANDI, *Misure urgenti per la ristrutturazione industriale*, cit., 717 i quali hanno osservato che il provvedimento in esame nasce dalla volontà (o necessità) di riservare all'esecutivo ogni decisione.

⁵⁰⁶ Sul punto si è osservato che, rispetto all'impostazione del decreto legislativo n. 270/1999, emerge una espressa revisione del ruolo e della posizione dei creditori e l'opinione di fondo per cui la migliore garanzia di soddisfazione di questi ultimi sia rappresentata dal riequilibrio economico dell'impresa e, di risulta, dalla riabilitazione della capacità produttiva: così R. ROSSI, *L'amministrazione straordinaria tra Prodi-bis, decreto Marzano e L. 18/2/2004 n. 39*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, 638.

(iii) nominare il Commissario straordinario (che si sostituisce all'imprenditore nella gestione) e (iv) compiere ogni atto utile all'accertamento dell'insolvenza, presentando infine al Tribunale una relazione contenente la descrizione della situazione patrimoniale, l'elenco dei creditori e di coloro che vantano diritti reali immobiliari.

Nell'ipotesi in cui il Tribunale accerti l'insussistenza dello stato di insolvenza o la mancanza di uno dei requisiti richiesti per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, gli effetti del decreto "amministrativo" di apertura della procedura di amministrazione straordinaria vengono a cessare (art. 4 comma 1° bis del decreto n. 347/2003).

Quanto invece alle modalità attraverso le quali giungere alla chiusura della procedura, merita di essere menzionato l'istituto del concordato disciplinato dal decreto Marzano (art. 4-*bis* d.l. 347/2003).

Diversamente dal D. Lgs. n. 270/99, in base alla cui disciplina l'istanza poteva essere presentata dall'imprenditore o da un terzo, secondo il *decreto Marzano* il Commissario è l'unico soggetto legittimato a proporre l'istanza *de qua*.

La proposta di concordato può prevedere che i creditori siano suddivisi in classi omogenee per posizione giuridica ed interessi economici e con la possibilità di costituire classi autonome per i piccoli creditori e per i possessori di obbligazioni emesse o garantite dall'azienda in amministrazione straordinaria. Nei sessanta giorni successivi, il giudice delegato, con la collaborazione del commissario straordinario, forma gli elenchi dei creditori ammessi o dei creditori ammessi con riserva. I creditori esclusi in tutto o in parte possono presentare opposizione al giudice delegato.

Nel caso in cui il concordato venisse respinto, il Commissario Straordinario - ferma restando la prosecuzione dell'attività impresa - può presentare al Ministro un programma di cessione dei complessi aziendali. Una volta autorizzato, il programma di cessione può beneficiare di una deroga sino a due anni per la sua attuazione.

3.2. (Segue). La conversione in legge n. 39/2004 (cd. *legge Marzano*) del d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003. Novità ed emendamenti.

Il testo del decreto legge 347/2003 è stato in parte modificato con la legge di conversione del 18 febbraio 2004 n. 39.

Come spesso accade, infatti, le leggi di conversione assumono in realtà la natura di provvedimenti autonomi, dal contenuto eterogeneo e dalla portata spesso significativamente più ampia rispetto ai decreti legge oggetto di conversione⁵⁰⁷.

A riprova di quanto sopra, basti rilevare che nella legge di conversione del 18 febbraio 2004 n. 39 vengono introdotti *ex novo*, ad esempio, la suddivisione dei creditori in classi, il soddisfacimento dei creditori stessi attraverso strumenti finanziari e l'approvazione del concordato nonostante il diniego di talune classi di creditori.

In primo luogo, merita però di essere rilevato che il ruolo dell'autorità giudiziaria risulta significativamente compresso.

Il testo del decreto legge n. 347/2003 già stabiliva che sia l'istanza che il decreto di ammissione venissero "comunicati" al Tribunale che avrebbe poi accertato l'insolvenza sulla base della relazione presentata dal Commissario: tale marginalità del ruolo del giudice viene confermata nella legge di conversione 18 febbraio 2004 n. 39 e in essa risulta ulteriormente corroborata dalla circostanza per cui il "più rapido avvio" della procedura impone all'autorità giudiziaria di provvedere alla dichiarazione di insolvenza in assenza di adeguati accertamenti⁵⁰⁸.

Per converso, il potere di verifica delle condizioni per l'ammissione alla procedura era stato attribuito al Tribunale dall'art 30 del decreto legislativo n. 270/1999 ed era stato mantenuto – seppur solo parzialmente - dall'art. 4, comma 1°, del decreto legge n. 347/2003; la legge di conversione n. 39/2004 lo ha completamente espunto a beneficio dell'autorità amministrativa (e in particolare del Commissario)⁵⁰⁹.

Anche la procedura finalizzata ad accertare la fattibilità del risanamento, «attraverso la ristrutturazione o la "cessione aggregata"», è sottratta al sindacato dell'autorità giudiziaria ordinaria e rimessa invece a quello del TAR, ciò determinando, secondo quanto rilevato in dottrina, "l'affievolimento delle situazioni giuridiche

⁵⁰⁷ E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 47.

⁵⁰⁸ In tal senso C. PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, marzo-aprile 2005, 288.

⁵⁰⁹ C. PUNZI, *op. ult. cit.* Quanto alle ulteriori novità della l. n. 39/2004 - su cui v. E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 51 - occorre rilevare che la legge di conversione ha imposto al debitore istante di produrre "contestualmente" all'istanza per l'ammissione all'amministrazione straordinaria anche il ricorso per la dichiarazione di insolvenza; in tal modo il Ministro non può emettere il decreto se non vi è certezza del deposito dell'istanza in Tribunale che dovrà altresì dare atto della contestuale presentazione dell'istanza motivata al Ministero. L'originario art. 2 del d.l. n. 347/2003 disponeva invece che l'imprenditore dovesse solo informare il Tribunale dell'avvenuta presentazione dell'istanza al Ministro delle attività produttive.

soggettive dei creditori, degradate ad interesse legittimo”⁵¹⁰, nonché una compressione delle opportunità di tutela in conseguenza della sottrazione di «“istanze tipicamente privatistiche al loro giudice “naturale”»⁵¹¹.

Inoltre, l’art. 2, comma 2-*bis* (introdotto dal d.l. 3 maggio 2004 n. 119) statuisce sugli effetti del decreto ministeriale di ammissione alla procedura, così colmando il vuoto legislativo denunciato in dottrina.

In particolare, l’ammissione alla procedura conservativa vera e propria comporta: (i) lo spossessamento dell’imprenditore insolvente che viene così privato della gestione dell’impresa e dell’amministrazione del patrimonio integralmente considerato, quindi non limitato soltanto ai beni investiti nell’attività d’impresa; (ii) il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali; (iii) la sospensione dell’eventuale giudizio per la dichiarazione dello stato di insolvenza ai sensi del decreto legislativo n. 270/1999.

Adottati entrambi i provvedimenti, in sede amministrativa e giudiziaria, la procedura si sviluppa ulteriormente – e altrettanto – sia sul piano amministrativo, con la predisposizione, autorizzazione ed attuazione del programma di ristrutturazione, sia sul piano giudiziario con l’accertamento del passivo⁵¹².

Per quanto concerne il concordato, esso può prevedere la ristrutturazione del debito dal quale derivi la soddisfazione dei creditori “attraverso qualsiasi forma tecnica o giuridica”⁵¹³. In particolare, l’art. 4-bis, comma 8, legge n. 39/2004, dispone che «il concordato è approvato se riporta il voto favorevole della maggioranza del valore assoluto dei crediti ammessi. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole della maggioranza dei creditori appartenenti a ciascuna classe, la quale rappresenti la maggioranza dei crediti ammessi alla classe medesima».

La presentazione della proposta di concordato incide (modificandolo) sul procedimento di accertamento del passivo nel senso che, da un lato, interrompe le operazioni di accertamento del passivo, dall’altro, il giudice delegato, una volta ricevuta l’istanza di concordato, fissa un termine entro il quale il debitore, i creditori o chiunque vi sia interessato, possono depositare le proprie osservazioni - adeguatamente

⁵¹⁰ Così A.ROSSI-D.GALLETTI, *La (troppo) breve storia di una (troppo) breve legge*, in www.judicium.it.

⁵¹¹ Ancora A.ROSSI-D.GALLETTI, *La (troppo) breve storia di una (troppo) breve legge*, in www.judicium.it.

⁵¹² In tal senso AA. VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 557.

⁵¹³ Sul punto v. L. GUALANDI, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in www.uninetuno.it; L. GUALANDI, *Le misure urgenti per la ristrutturazione di grandi imprese in stato d’insolvenza*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Milano, 2011.

documentate - sull'elenco dei creditori, gli importi dei crediti e le cause di prelazione ivi indicate.

Al di fuori di tale ipotesi, nel corso dell'amministrazione straordinaria l'accertamento del passivo⁵¹⁴ "prosegue" secondo i dettami della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza; ciò si verifica anche nei casi di dichiarazione di fallimento o conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento.

In proposito, l'art. 4-ter della legge n. 39/2004 al comma 1 recita: «l'accertamento del passivo è improntato a criteri di massima celerità e speditezza. Esso avviene secondo le disposizioni di cui all'articolo 53 del decreto legislativo n. 270 del 1999 e, ove depositati, sulla base delle risultanze degli elenchi provvisori dei creditori di cui agli articoli 4, comma 2°, e 4-bis, comma 6° della legge n. 39/2004».

Infine, la chiusura della procedura è disciplinata dall'art. 74 del decreto legislativo n. 270/1999.

Pertanto, prima della chiusura il Commissario sottopone all'organo di sorveglianza il bilancio finale della procedura con il conto della gestione, unitamente ad una relazione predisposta dal comitato di sorveglianza. Il Ministero autorizza il deposito presso la cancelleria del tribunale e liquida il compenso dovuto al Commissario.

La chiusura della procedura viene disposta con decreto motivato emesso dal tribunale su istanza del commissario, dell'imprenditore insolvente, oppure d'ufficio.

3.3. (Segue). Compatibilità della legge Marzano con l'ordinamento comunitario. Primi rilievi.

Taluni dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario (che saranno oggetto di più approfondita trattazione nell'ultimo capitolo del presente lavoro) sono stati sollevati anche a proposito della disciplina introdotta dalla *legge Marzano*.

Tali dubbi sono originati, in particolare, (i) dalla circostanza per cui "la continuazione dell'attività dell'impresa non è più subordinata all'accertamento da parte del tribunale [come nella *Prodi bis*] delle fattive capacità di recupero ma può essere disposta discrezionalmente dal Ministro delle Attività Produttive [come nella *Prodi*]"⁵¹⁵;

⁵¹⁴V. ALLEGRI, L. CALVOSA, A. CERRAI, F. D'ALESSANDRO, S. FORTUNATO, G. GRIPPO, A. MAFFEI ALBERTI, V. MANGINI, G. PARTESOTTI, A. PIRAS, G. SCOGNAMIGLIO, G. VOLPE PUTZOLU, G. ZANARONE, *Diritto commerciale*, 2004, 508.

⁵¹⁵ Così FARINA, *Sulla compatibilità dell'amministrazione straordinaria con il Trattato CE*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, 1252.

(ii) dal fatto che “la prosecuzione dell’esercizio dell’impresa comporta, invero, la contrazione di ulteriori debiti che a causa della prededuzione alterano la *par condicio creditorum* e gravano sull’erario, poichè Stato ed enti pubblici figurano sempre tra i creditori di una impresa dalle dimensioni considerevoli”⁵¹⁶.

Altro profilo critico è stato identificato nella disciplina delle azioni revocatorie, esperibili – a differenza di quanto previsto dall’art. 49 d. lgs. n. 270/99 che ne limitava l’utilizzo alla sola fase liquidatoria - durante la prosecuzione dell’attività dell’impresa.

Sul punto (risolto dalla Corte Costituzionale nella pronuncia analizzata nell’ultimo capitolo del presente lavoro) si rilevava che di tal guisa il ricavato delle azioni revocatorie non sarebbe stato destinato alla soddisfazione dei creditori bensì utilizzato per sostenere la prosecuzione dell’attività dell’impresa, con conseguente alterazione della concorrenza a beneficio di imprese che, se sottoposte al fallimento, sarebbero scomparse dal mercato⁵¹⁷.

In termini più generali si è altresì osservato che (i) la finalità “automatica” di perseguire il salvataggio di un’impresa in crisi in attuazione del potere decisionale esercitato da un organo politico e non giurisdizionale, omettendo qualsivoglia valutazione tecnica di risanamento, non considera compiutamente la possibilità che ciò possa comportare che a molte altre imprese *sane* venga conseguentemente negata “la possibilità di nascere o di crescere”⁵¹⁸; (ii) la compresenza di due diverse discipline per regolamentare l’amministrazione straordinaria per le imprese insolventi, quella di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 per le medie imprese, e quella introdotta dalla legge 18 febbraio 2004 n. 39 per le imprese di grandi dimensioni, ha suscitato taluni dubbi di legittimità costituzionale in riferimento all’art. 3.

Sui predetti profili si tornerà più approfonditamente nell’ultimo capitolo del presente lavoro, nell’ambito della (positiva) valutazione di compatibilità della *legge Marzano* rispetto alla disciplina sugli aiuti di Stato⁵¹⁹.

4. Differenze fra la disciplina di cui alla *Prodi bis* e la *legge Marzano*.

⁵¹⁶ Così FARINA, *Sulla compatibilità dell’amministrazione straordinaria con il Trattato CE*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, 1252.

⁵¹⁷ Così FARINA, *Sulla compatibilità dell’amministrazione straordinaria con il Trattato CE*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, 1252.

⁵¹⁸ A.ROSSI-D.GALLETTI, *La (troppo) breve storia di una (troppo) breve legge*, in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm rinviando a FABIANI-FERRO, *Dai Tribunali ai Ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi d’impresa*, in *Fallimento*, 2004, 139 ss.

⁵¹⁹ Aderendo, in particolare, alla tesi di G. D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. comm. int.*, 2004, n. 1, 80 ss.

Così sintetizzata l'evoluzione normativa dell'istituto dell'amministrazione straordinaria sino alla *legge Marzano*, pare opportuno evidenziare come fra le principali critiche mosse al legislatore italiano, rispetto agli approntati interventi di riforma, vi sia stata la constatazione per cui gli interventi legislativi sono stati spesso dettati dalle esigenze del mercato (e in particolare dalla volontà di salvaguardare l'apporto produttivo di determinate imprese in luogo di altre), con ciò determinando l'applicazione di trattamenti differenziati, in ragione della diversa disciplina applicabile, peraltro con notevoli incertezze in sede applicativa⁵²⁰.

Proprio la *legge Marzano*, nata dall'esigenza di risolvere la crisi *Parmalat*, è stata destinataria della predetta critica, in quanto originata da un'esigenza individuale piuttosto che dalla reale volontà di rimediare ad eventuali lacune della *Prodi bis*: da qui la definizione di "legge *ad personam*" ed i dubbi in dottrina⁵²¹ circa l'effettiva necessità di garantire la coesistenza di due diverse procedure per la medesima materia, con tutte le incertezze conseguenti.

Peraltro, nonostante le notevoli innovazioni introdotte dalla *legge Marzano* e in parte precedentemente accennate, i requisiti per l'ammissione – in primo luogo - risultano solo superficialmente variati: (i) per quanto riguarda il personale, infatti, tra le due "versioni" della procedura si ha una differenza di carattere meramente quantitativo, (200 per l'una e 1000 per l'altra), mentre (ii) per quanto concerne il requisito patrimoniale, "persiste la tendenza a considerare meritevoli di ammissione alla procedura soltanto le imprese fortemente indebitate"⁵²².

Le predette constatazioni hanno contribuito ad alimentare i dubbi, dianzi accennati, circa la necessaria coesistenza delle due procedure: a bene vedere, tuttavia, si è osservato che la *Prodi bis* e la *Marzano* prevedono due procedure sostanzialmente "antitetiche" per caratteristiche strutturali e finalità; infatti, mentre la prima si applica ad imprese con 200 dipendenti e prevede – si badi bene – la c.d. fase prognostica o di osservazione, di competenza dell'autorità giudiziaria, la seconda si applica ad imprese

⁵²⁰ In tal senso E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 48.

⁵²¹ E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 48 ss.

⁵²² Così E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 49.

con almeno 1000 dipendenti e non prevede la c.d. fase di osservazione, essendo l'ammissione "automaticamente" disposta dall'autorità amministrativa⁵²³.

La *ratio* di tale distinzione strutturale è stata ravvisata nell'esigenza di emanare una legge "apposita" per *Parmalat*, sulla quale sono stati modellati i requisiti per l'ammissione alla procedura, poiché la procedura prevista dalla *Prodi bis* si era rivelata intempestiva nel caso *Cirio* in cui, "nonostante un *default* conclamato a livello mondiale"⁵²⁴, "per avviare concretamente la procedura erano occorsi nove mesi"⁵²⁵.

Sugli stessi obiettivi di celerità si è fondata la scelta di eliminare la *fase di osservazione*, utile, in astratto, a valutare l'opportunità dell'ammissione alla procedura ma, spesso per i tempi eccessivamente lunghi, ritenuta potenziale fonte di incertezza tale da mettere a rischio, nel concreto, le effettive possibilità di recupero economico dell'impresa⁵²⁶.

Quanto alla diversa finalità delle due procedure, basti rilevare che la legge *Marzano* tende alla realizzazione della *ristrutturazione economica e finanziaria*, con esclusione della cessione dei complessi aziendali, pur reintrodotta con l'art. 1 del decreto legge n. 119/2004.

Nel concepimento di tali differenze non può escludersi l'incidenza che può aver spiegato il fatto che imprese come la *Parmalat* avessero emesso azioni quotate in borsa e/o obbligazioni diffuse fra il pubblico dei risparmiatori⁵²⁷.

Si è infatti osservato che, in siffatte ipotesi, ai tradizionali interessi alla conservazione delle imprese (potenzialmente risanabili) e alla protezione dei lavoratori, si aggiunge un altro fondamentale interesse, ovvero l'interesse nazionale al corretto funzionamento del mercato finanziario, evidentemente influenzato anche dalla necessità di garantire un margine di certezza (minimo) per gli investitori in caso di dissesto della società e, più in generale, dal mantenimento della *fiducia* degli investitori, valore su cui

⁵²³ In tal senso E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 50.

⁵²⁴ Così E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 50.

⁵²⁵ Così E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 50.

⁵²⁶ In tal senso E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 50.

⁵²⁷ In tal senso E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 55.

il mercato stesso si fonda (e che altrimenti – si è ancora rilevato - si estinguerebbe per la “fuga” degli investitori medesimi)⁵²⁸.

5. Le successive modifiche legislative in materia di amministrazione straordinaria. Prospettive di riforma.

La disciplina in materia di amministrazione straordinaria sin qui esaminata (risultante in due distinte procedure, diverse a seconda dell'applicabilità della *Prodi bis* o della *legge Marzano*), ha nel tempo subito una serie di ulteriori modifiche anche con la finalità, come da più parti rilevato, di adattarla a nuovi e rilevanti dissesti di imprese nazionali⁵²⁹. In particolare, si è rilevato in giurisprudenza che “il giudice diviene semplice spettatore ed è costretto alla valutazione in soli sette giorni dei requisiti di insolvenza e dimensionali, privo di poteri di sindacato in ordine alla fattibilità del piano del Commissario, riservati ora all'autorità amministrativa”⁵³⁰.

Sul punto sono state avanzate talune perplessità da parte della dottrina⁵³¹.

Si è in particolare osservato che la proliferazione di procedure “speciali” - ispirate dalla volontà di salvaguardare interessi “specifici”, piuttosto che da considerazioni di politica legislativa “generale” - rischia di vanificare l'effettiva possibilità di conseguire l'obiettivo di riforma della procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria; altresì, il contemperamento dei differenti interessi in gioco potrebbe essere opportunamente rimesso alla tutela dell'autorità giudiziaria, piuttosto che all'autorità amministrativa, che per sua natura non è deputata all'adozione di linee strategiche di lungo termine⁵³².

Ad ogni modo, le modifiche alla procedura di amministrazione straordinaria possono essere ricondotte ai seguenti provvedimenti normativi: (i) decreto legge 3 maggio 2004 n. 119⁵³³, convertito con modificazioni dalla legge 5 luglio 2004 n. 166

⁵²⁸ E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 55.

⁵²⁹ In tal senso FABIANI-FERRO, *Dai Tribunali ai Ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2004, 139 ss.

⁵³⁰ Così il Tribunale di Roma, 5 settembre 2008, sulla dichiarazione dello stato di insolvenza di Alitalia - Linee aeree S.p.a., dietro ricorso proposto il 29 agosto 2008, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008, II, 516.

⁵³¹ Cfr. P. BELTRAMI, “Decreto Alitalia”: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria, in *Giur. comm.*, 2009, I, 599.

⁵³² A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice. Regole di mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutela dei conflitti*, 2009, 199 ss.

⁵³³ Recante: “Disposizioni correttive ed integrative della normative sulle grandi imprese in stato di insolvenza”. Su cui v. G. LOCASCIO, *Gli organi e la tutela giurisdizionale nella prospettiva di riforma*, in

(c.d. Marzano *bis*); (ii) decreto legge 29 novembre 2004 n. 281⁵³⁴ convertito, senza modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2005 n. 6, che ha ridotto i requisiti dimensionali per l'accesso alla procedura (500 dipendenti a livello di gruppo ed indebitamento complessivo di gruppo non inferiore a 300 milioni di euro)⁵³⁵; (iii) decreto legge 28 febbraio 2005 n. 22⁵³⁶ convertito, con modificazioni, dalla legge 29 aprile 2005 n. 71 che ha introdotto alcune modifiche in ordine all'impugnazione dei crediti ammessi; (iv) l. 27 dicembre 2006, n. 296; (v) d.l. n. 81/2007, convertito con modifiche nella l. n. 127/2007; (vi) decreto legge 28 agosto 2008, n. 134⁵³⁷ (c.d. decreto Salva Alitalia) convertito con modificazioni dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166; (vii) decreto legge 29 novembre 2008 n. 185 (decreto anti-crisi⁵³⁸) convertito dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, che ha integrato il decreto legislativo 270/1999 con riguardo alle operazioni di cessione previste nel programma di salvataggio dell'impresa; (viii) decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 (decreto legge per il semestre europeo), che, in particolare, ha previsto a) un obbligo per i commissari liquidatori di chiudere le procedure di amministrazione straordinaria aperte da oltre 10 anni quando non siano state individuate offerte di concordato da proporre ai creditori entro sei mesi dalla data di pubblicazione dell'invito; b) il principio della responsabilità solidale dell'impresa cedente rispetto ai debiti maturati dall'impresa cessionaria; (ix) il d.l. n. 83/2012, che ha introdotto all'art. 27 un nuovo strumento chiamato *progetto di riconversione e riqualificazione industriale*⁵³⁹.

Una specifica menzione merita il progetto di legge n. 4852 recante «Disciplina delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese e dei complessi di imprese in crisi», contenente delega al Governo (oltre che per la modifica della disciplina sui reati fallimentari) per la riforma organica della disciplina delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, attualmente recata dal

Fallimento, 2004, 281; A. PATTI, *Il curatore della nuova procedura concorsuale*, in *Fallimento*, 2005, 713.

⁵³⁴ Recante: "Modifiche alla disciplina della ristrutturazione delle grandi imprese in stato di insolvenza". Sul tema v. D. GALLETTI, *Il decreto "Volare": prove tecniche di degiurisdizionalizzazione*, in www.judicium.it/news/ins_19_01_05_galletti,%20dir.civ.html; D. GALLETTI, "Volareweb": introduzione al "nuovo" diritto concorsuale?, in *Giurisprudenza commerciale* marzo-aprile 2005, 265.

⁵³⁵ Cfr. SANASI D'ARPE, *Linee evolutive delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e prospettive di riforma*, in *Notarilia*, anno IV, n. 2, 25.

⁵³⁶ Recante "Interventi urgenti nel settore agroalimentare".

⁵³⁷ Recante: "Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi".

⁵³⁸ Recante: "Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale". Vedi art. 14: *Attuazione della Direttiva europea sulla partecipazione dell'industria nelle banche; disposizioni in materia di amministrazione straordinaria e di fondi comuni di investimento speculativi* (cd. hedge fund).

⁵³⁹ V. sul punto <http://www.camera.it/temiap/leg16/leg17.temi16.commissione-10.pdf>.

decreto legislativo 270/1999 e dal decreto legge 347/2003, in un'ottica di armonizzazione e semplificazione delle procedure che tenda, in ultima analisi, all'accorpamento in unico testo di legge delle differenti discipline sull'amministrazione straordinaria previste dal d.lgs. 270/1999 e dal d.l. 347/2003.

Come noto, infatti, la coesistenza di due diverse discipline per la gestione della crisi delle grandi imprese è determinata, primariamente, dalla previsione di differenti requisiti per l'ammissione alle procedure (una per la grande e l'altra per la "grandissima" impresa)⁵⁴⁰.

Nella relazione si legge altresì che la finalità della delega è anche quella di adeguare la disciplina del salvataggio delle grandi imprese alla normativa europea in materia di aiuti di Stato, nonché di completare la riforma della legge fallimentare, attuata con il d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5⁵⁴¹ e ss. mm.

Tuttavia, il provvedimento non ha completato l'iter previsto⁵⁴².

6. La procedura "speciale" per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali.

Ai fini dell'analisi che si intende sviluppare attraverso il presente lavoro, una specifica menzione merita il provvedimento normativo che ha introdotto una nuova variante dell'amministrazione straordinaria nel 2008, specificamente dedicata alle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, in particolare – all'epoca della sua introduzione - *Alitalia*⁵⁴³ (disciplina che verrà trattata più ampiamente nell'ultimo capitolo del presente lavoro, anche alla luce della relativa pronuncia della Corte Costituzionale).

Invero, la grave crisi della compagnia di bandiera Alitalia ha indotto il legislatore italiano a modificare la procedura disciplinata dalla *legge Marzano* attraverso il d.l. 28

⁵⁴⁰ Da Camera. it. Temi dell'attività parlamentare. Grandi imprese in crisi. Il ddl. V. anche SANASI D'ARPE, *Linee evolutive delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e prospettive di riforma*, cit., 40 ss.

⁵⁴¹ "Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80".

⁵⁴² Così in <http://www.camera.it/temi/ap/leg16/leg17.temi16.commissione-10.pdf>.

⁵⁴³ Sulla natura di interventi *ad hoc* dei provvedimenti in materia di amministrazione straordinaria, v. A. CALAVAGLIO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in SATTA, *Diritto fallimentare*, a cura di VACCARELLA-LUIO, III ed., Padova, 1996, 572 ss. Sull'intervento per Alitalia come ennesima "legge-fotografia", v. L. GUALANDI, *Disposizioni urgenti*, cit., 985; D. GALLETTI *Decretazione d'urgenza ed esenzione da revocatoria*, in *Fall.*, 2008, 857.

agosto 2008, n. 134 (denominato decreto “*salva Alitalia*”) convertito con modificazioni nella legge 27 ottobre 2008 n. 166⁵⁴⁴.

Le novità – non esenti da critiche - di cui alla nuova versione dell’amministrazione straordinaria sono state ritenute necessarie, come emerge dal preambolo al d.l., in virtù della «*importanza che i servizi forniti dalle società operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali non subiscano interruzioni*», esigenza che avrebbe reso necessario predisporre «*una specifica disciplina per le grandi imprese operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali volta a garantire la continuità nella prestazione di tali servizi*»⁵⁴⁵.

In virtù di tali obiettivi è agevolmente comprensibile la previsione per cui, per esigenze di celerità, l’ammissione (immediata) alla procedura è disposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro dello sviluppo economico, con proprio decreto, attraverso il quale viene altresì nominato il Commissario straordinario e possono inoltre essere prescritte specifiche attività per il raggiungimento dell’obiettivo di risanamento, in ciò intravedendosi i primi profili di “amministrativizzazione” (e “degiurisdizionalizzazione”) della procedura.

Va altresì rammentato che mentre la crisi della Parmalat si caratterizzava per l’alta esposizione debitoria ma beneficiava di un’attività economica ancora redditizia, per il salvataggio dell’Alitalia risultava sostanzialmente impossibile utilizzare lo strumento della ristrutturazione economica e finanziaria di cui alla *legge Marzano*, stante la scarsa consistenza della struttura produttiva⁵⁴⁶.

Pertanto, la prima significativa novità del d.l. n. 134/2008 sta nella applicabilità della procedura anche a quelle imprese che intendono avvalersi *ab origine* dell’indirizzo alternativo di cessione dei complessi aziendali, non contemplato dalla *legge Marzano* e

⁵⁴⁴ Vedi sul punto L. STECCHETTI, *Law Cost: ripercussioni della legge “salva Alitalia”*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2008, 513 ss.

⁵⁴⁵ Per i commenti al d.l. n. 134/2008 v. LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: una nuova versione dell’amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2008, 1117 ss.; FABIANI-STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell’amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, 1337 ss.; P. BELTRAMI, *Decreto Alitalia: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 599; A.M. LEOZAPPA, *Interessi pubblici e amministrazione straordinaria dopo la legge n. 166/2008 (Variante Alitalia)*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 615 ss.; D. MANENTE, *Dalla “legge Marzano” al D.L. n. 134/2008: note minime sulle modifiche alla procedura di ristrutturazione di grandi imprese in stato d’insolvenza nel caso Alitalia*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 520 ss.; P. MANGANELLI, *Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d’impresa*, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 23, 28 ss.; L. GUALANDI, *Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, 985 ss.

⁵⁴⁶ D. MANENTE, *Dalla “legge Marzano” al d.l. n. 134/2008: note minime alla procedura di ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza nel caso Alitalia*, in *Dir. Fall.*, 2008, II, 520 ss. G. LO CASCIO, *Ulteriori aggiustamenti normativi all’amministrazione straordinaria ed al Concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 259, in particolare sulla responsabilità del cessionario agli effetti civilistici, concorsuali e comunitari.

accessibile, secondo la *Prodi bis*, solo nel caso in cui fosse già stato tentato il risanamento mediante un piano di ristrutturazione.

La relativa legge di conversione ha poi aggiunto, oltre alla ristrutturazione ed alla cessione, una terza ipotesi di programma “*per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali*”, rispetto alle quali le finalità della procedura sono perseguibili “*anche tramite cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell’esercizio d’impresa di durata non superiore ad un anno*” (art. 27, co. 2, lett. b-bis del decreto 270/99, come modificato dalla legge 166/2008, comma 1 *bis*.).

Sulla scorta di tale fondamentale innovazione, si è rilevato che una tale procedura speciale appare in realtà indirizzata verso il medesimo obiettivo del fallimento, ossia la cessione di complessi di beni o di contratti (come appunto prevede l’art. 27, lett. b-bis), e assume natura amministrativa, più che giudiziaria⁵⁴⁷.

In tal senso si è infatti osservato che la disciplina introdotta mirerebbe non solo ad anticipare l’ammissione alla procedura e ad accelerarne lo svolgimento quanto piuttosto ad attribuire la direzione della procedura medesima all’autorità politico-amministrativa⁵⁴⁸, ipotesi ammessa dalla *legge Marzano* solo in regime di continuità imprenditoriale (piuttosto che in presenza di un programma di cessione)⁵⁴⁹.

Delle conferme in tal senso proverrebbero dalle previsioni per cui, nell’ambito del programma di cessione, sono attribuiti significativi poteri al Governo che con il decreto di nomina del Commissario straordinario prescrive «*il compimento di atti necessari al conseguimento delle finalità della procedura*» (nuovo art. 2, co. 2, d.l. n. 347/2003) inducendo alcuni autori a parlare di “*evidente corto circuito tra funzioni di vigilanza e funzioni gestorie*”⁵⁵⁰.

In particolare, il Ministro approva il programma del Commissario, nomina l’istituzione finanziaria indipendente per la stima dei beni aziendali da trasferire, autorizza affitti e cessioni dei complessi aziendali; il Commissario straordinario, a sua

⁵⁴⁷ FABIANI-STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell’amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, 1340 ss.

⁵⁴⁸ A. M. LEOZAPPA, *Interessi pubblici e amministrazione straordinaria dopo la legge 166/2008 (variante Alitalia)*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 617, riferendosi all’Autorità politico amministrativa afferma che la sua “competenza funzionale non si limita più agli atti che comportano l’esercizio di funzioni di indirizzo politico e amministrativo, ma si connota per poteri di ingerenza operativo-gestionali, potendo prescrivere al commissario straordinario gli atti necessari al conseguimento delle finalità della procedura”. Cfr. anche FABIANI-FERRO, *Dai tribunali ai ministeri: prove tecniche di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi d’impresa*, in *Fall.*, 2004, 134 ss.

⁵⁴⁹ In tal senso FABIANI-STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell’amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, 1340.

⁵⁵⁰ FABIANI-STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell’amministrazione straordinaria*, cit. p. 1338 ss.

volta, individua l'acquirente mediante trattativa privata e determina il prezzo di cessione, secondo un valore non inferiore a quello di mercato.

Altra innovazione fondamentale (specificamente oggetto della valutazione di legittimità costituzionale, su cui torneremo *infra*) risiede nell'esclusione della necessità di ottenere l'autorizzazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per le «operazioni di concentrazione connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato», stante la (spesso) eccessiva lunghezza, per le imprese in evidente stato di crisi, del procedimento autorizzatorio. Si legge nella relazione al decreto che «la norma in oggetto consente operazioni di concentrazione, altrimenti vietate, per ragioni di interesse generale» e che simili disposizioni derogatorie rispetto alla disciplina antitrust sono state introdotte anche in altri ordinamenti come, ad esempio, quello tedesco, che al § 42 del *Wettbewerbsbeschränkungen – GWB* autorizza operazioni di concentrazione laddove alla base della limitazione della concorrenza vi sia un interesse pubblico predominante.

Altra norma che ha suscitato notevoli polemiche è quella che dispone l'esonero da responsabilità per amministratori, sindaci e dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili societari, ponendola esclusivamente a carico della società⁵⁵¹: si è così osservato che si avrebbe una procedura concorsuale depotenziata da azioni di responsabilità e con una forte ingerenza gestionale in capo al potere esecutivo, legittimato alla nomina del commissario e ad indirizzarne l'operato (così limitando anche l'autonomia di quest'ultimo)⁵⁵².

Tuttavia, si è parimenti e condivisibilmente osservato che la nuova disciplina «speciale» dell'amministrazione straordinaria, introdotta nel 2008, si pone in un'ottica di continuità con il già intrapreso *iter* legislativo contrassegnato da un'impronta oggettivistica, tendente a far sì che il risanamento abbia ad oggetto l'impresa - piuttosto

⁵⁵¹ L'art. 3, co.1 del d.l. 134/2008 stabilisce che [...]«la responsabilità per i relativi fatti commessi dagli amministratori, dai componenti del collegio sindacale, dal dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, è posta a carico esclusivamente delle predette società. Negli stessi limiti è esclusa la responsabilità amministrativa-contabile dei citati soggetti, dei pubblici dipendenti e dei soggetti comunque titolari di incarichi pubblici. Lo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo, nonché di sindaco o di dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nelle società indicate nel primo periodo non può costituire motivo per ritenere insussistente, in capo ai soggetti interessati, il possesso dei requisiti di professionalità richiesti per lo svolgimento delle predette funzioni in altre società».

⁵⁵² V. S. SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e costituzione dell'economia nel "singolare" caso Alitalia*, in *Foro amm.*, 2009, 5, 1444, che osserva: «l'atto con forza di legge emanato per circostanze di necessità e urgenza e la successiva conversione in legge dell'ottobre 2008 appaiono strumenti di esecuzione, provvedimenti di realizzazione di un disegno pensato altrove, connotati dalla singolarità del caso concreto a tal punto evidente da far apparire stravagante, inappropriato e antico il richiamo alla doverosità del carattere generale, uguale e astratto della previsione normativa».

che l'imprenditore⁵⁵³ – “conservandone l'idoneità a proseguire nell'attività produttiva e, pertanto, è irrilevante se siffatto obiettivo venga centrato attraverso una riattivazione dei processi produttivi o una cessione degli stessi a terzi: tant'è che anche l'indirizzo ristrutturatorio può al suo interno contemplare forme di cessione”⁵⁵⁴.

In tal senso non può che concordarsi con la dottrina che considera il d.l. 134/2008 in grado di ridurre “l'aspetto utopistico della procedura adeguandola alla (prevalente) natura delle crisi delle nostre grandi imprese”⁵⁵⁵.

⁵⁵³ In tal senso S. AMOROSINO, *Profili pubblicistici comuni delle amministrazioni d'emergenza, straordinarie e commissariali, di imprese in crisi o con gravi irregolarità gestionali*, in *Società italiana di Diritto ed Economia*, SIDE Working Papers, 2005

⁵⁵⁴ Così P. BELTRAMI, *Decreto Alitalia: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 604 e, nello stesso senso, PACCHI PESUCCI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti” dimensioni*, in *Trattato di Diritto delle Procedure Concorsuali*, Torino, 2011, vol. III, 846.

⁵⁵⁵ GUALANDI, *Disposizioni urgenti*, cit., 986 e ID., *Le misure urgenti*, cit. Nello stesso senso, PACCHI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di “rilevanti” dimensioni*, cit., 846.

CAPITOLO IV

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese nella crisi del gruppo.

Insolvenza transfrontaliera, crisi ed insolvenza dell'impresa bancaria.

SOMMARIO: 1. I gruppi di imprese. Brevi cenni introduttivi. Rilevanza giuridica ed economia. Dati statistici. - 2. L'estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese facenti parte di un "gruppo". Ricostruzione storica dell'istituto. - 3. L'estensione dell'amministrazione straordinaria al gruppo di imprese nel d. lgs. n. 270/99. Cenni procedurali. - 3.1. (*Segue*) La fase del commissariamento giudiziale. - 3.2. (*Segue*). L'azione revocatoria "aggravata". 4. Cenni sull'insolvenza transfrontaliera. I principi dell'universalità e della territorialità. - 4.1. (*Segue*). La situazione antecedente al Regolamento CE sulle procedure d'insolvenza transfrontaliera n. 1346/2000. Le convenzioni internazionali. - 4.2. (*Segue*). L'adozione del Regolamento CE n. 1346 del 29 maggio 2000: alcuni profili problematici. - 4.3. (*Segue*). Alcuni celebri casi di insolvenza transfrontaliera. Il *leading case* "Eurofood" e il caso "Interedil". - 5. Crisi ed insolvenza dell'impresa bancaria. Rilievi introduttivi. - 5.1. (*Segue*). L'amministrazione straordinaria nella crisi dell'impresa e del gruppo bancario. - 5.3. (*Segue*). La gestione della crisi delle banche operanti in ambito comunitario. - 5.4. (*Segue*). Gli orientamenti internazionali e comunitari sulla gestione della crisi bancaria. L'istituzione della European Banking Authority (EBA).

1. I gruppi di imprese. Brevi cenni introduttivi. Rilevanza giuridica ed economica. Dati statistici.

Come noto, il codice civile italiano non fornisce una definizione giuridica di gruppo (ma solo dei collegati concetti di "controllo", art. 2359 c.c., e "direzione e coordinamento", artt. 2497 e ss. c.c.) al quale, pertanto, non può attribuirsi un'autonoma soggettività giuridica bensì esclusivamente una rilevanza economica⁵⁵⁶.

Sotto il profilo economico, "il fenomeno del gruppo di società risponde all'esigenza di «razionale organizzazione» dell'economia moderna, in cui la grande impresa multidivisionale viene sostituita da un insieme di società, ciascuna specializzata in un settore o in una specifica fase del processo produttivo"⁵⁵⁷.

Secondo autorevole dottrina aziendalistica⁵⁵⁸, "una «aggregazione di imprese» può definirsi gruppo qualora sussistano le seguenti ipotesi: 1) esistano più imprese, ciascuna con una propria autonomia giuridica; 2) le singole imprese siano società per azioni oppure, più raramente, a responsabilità limitata; 3) sussista un legame finanziario tale da attribuire di fatto alla società capogruppo il controllo e la direzione di tutte le imprese del gruppo"⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ In tal senso Cass., 2 marzo 1983, n. 1567.

⁵⁵⁷ Così P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Torino, 2012, 268, nt. 96.

⁵⁵⁸ P. E. CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Bari, 1965, 96. - L. RINALDI, *Il bilancio consolidato. Teorie di gruppo e assestamento delle partecipazioni*, Milano, 1990, 15 ss.

⁵⁵⁹ Così P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Torino, 2012, 268, nt. 96.

I gruppi così definiti “costituiscono un'unità economica, in cui vi è una strategia e una politica di gestione unitaria, determinata in vista di un interesse di gruppo superiore e diverso rispetto a quello delle singole imprese. Ferma restando l'autonomia giuridica riconosciuta a ciascuna impresa, quindi, si può riconoscere nel gruppo un unico soggetto economico, in cui il complesso di imprese che lo costituiscono sono sottoposte ad "una gestione unitaria"”⁵⁶⁰.

Sebbene la figura in questione non sia stata giuridicamente tipizzata, essa non risultava sconosciuta al legislatore già nel 1942, posto che nella relazione al codice civile si legge: “Il raggruppamento di varie società attorno ad una che le controlla è fenomeno che risponde tipicamente agli orientamenti della moderna economia organizzata”.

Ciò nonostante – diversamente dall'ordinamento tedesco che fornisce una specifica definizione di “gruppo di imprese” (par. 18 AktG- Konzern) - continua a mancare nell'ordinamento italiano una definizione generale (ed unitaria) di gruppo, mentre più norme, in differenti ambiti, fanno riferimento al (o comunque presuppongono la sussistenza di un) gruppo di imprese, con finalità diverse a seconda del tipo di normativa.

In tal senso, dei richiami al concetto di gruppo possono rinvenirsi: (i) nell'art. 2359 c.c., che delinea i concetti di “controllo” e di “collegamento”; (ii) negli artt. 60 e ss del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (T.U.B.), disciplina speciale del “gruppo creditizio” e “direzione unitaria” della capogruppo; (iv) proprio in tema di amministrazione straordinaria, nell'art. 90 del d. lgs. n. 270/1999 che disciplina la fattispecie della responsabilità degli amministratori per “abuso di direzione unitaria” (nell'amministrazione straordinaria); (v) nell'art. 80, c. 1., n. 3, del decreto legislativo n. 270/1999 laddove fa riferimento a «le imprese che, per la composizione degli organi amministrativo e sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggetti ad una direzione comune»; (vi) nel decreto legislativo n. 127/1991, attuazione della VII direttiva europea in materia di bilancio consolidato di gruppo.

Invero, la scelta di prescindere da una definizione generale ed unitaria di “gruppo”, optando per l'individuazione di nozioni differenti in relazione alle finalità della relativa disciplina, rappresenta una decisione consapevole del legislatore, come emerge dalla Relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 6/2003 (riforma del diritto societario) ove si legge che *«qualunque nuova nozione [di gruppo] si sarebbe*

⁵⁶⁰ Così CARATTOZZOLO, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni Il bilancio consolidato di gruppo. Profili economici e giuridici*, Milano, 2002, 37.

dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica».

Proprio nell'ottica di avere contezza della concreta evoluzione della realtà economico-sociale in tema di gruppi, pare utile far riferimento ai dati statistici forniti da *Unioncamere* in una indagine sulla situazione quantitativa e qualitativa dei gruppi di imprese in Italia: da essa è emerso che la diffusione dei gruppi di imprese coinvolge una quota sempre più significativa di società di piccole e medie dimensioni.

Il *data base* di *Unioncamere* evidenzia che 500.000 aziende danno vita a 42.286 gruppi, di cui solo la metà controllati da società, mentre la restante metà fa capo a persone fisiche.

Il 24,6% delle aziende appartenenti a gruppi rappresenta i $\frac{3}{4}$ dell'occupazione, i $\frac{2}{3}$ del fatturato ed il 60% del valore aggiunto delle società di capitali.

Queste 42 mila cordate, cioè gruppi di società legate tra loro da partecipazioni di maggioranza assoluta, controllano il 2,6% dell'intero sistema imprenditoriale nazionale.

Le ragioni alla base della scelta del fenomeno "aggregativo" (che vede la sua consacrazione nella struttura di gruppo) sono molteplici e direttamente collegate ai vantaggi ottenibili per il tramite di esso, come la maggiore flessibilità organizzativa, la diversificazione delle fasi produttive o l'accentramento di alcune funzioni aziendali (come la tesoreria) nonché – in particolare – il rafforzamento del potere contrattuale verso il sistema bancario ai fini dell'accesso al credito.

Tuttavia, la maggiore complessità della struttura d'impresa (di gruppo) non esclude – specie dopo il superamento, a seguito dei più noti scandali finanziari dello scorso millennio, della teoria del *too big to fail* – che essa possa incorrere in crisi economica e/o finanziaria.

Anzi, come anticipato nell'introduzione al presente lavoro, la crisi del gruppo di imprese, per le dimensioni presumibilmente più significative dell'indebitamento (specie verso il sistema bancario) e dei lavoratori impiegati nello svolgimento dell'attività produttiva, è in grado di produrre effetti ancor più rilevanti in relazione agli interessi "generalisti", dalla rilevanza costituzionale, che tradizionalmente ruotano attorno alla crisi della grande impresa.

Proprio alla luce di tali circostanze, già la legge *Prodi* disciplinava all'art. 3 l'estensione dell'amministrazione straordinaria anche alle imprese appartenenti ad un gruppo (disciplina poi "rinnovata" con l'avvento della c.d. *Prodi bis*).

2. L'estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese facenti parte di un "gruppo". Ricostruzione storica dell'istituto.

Stante la destinazione della procedura di amministrazione straordinaria alla soluzione della crisi delle grandi imprese, la scelta del legislatore di contemplare specificamente l'estensione della disciplina al gruppo di imprese pare agevolmente comprensibile⁵⁶¹.

Per converso, la legge fallimentare nulla dice sul punto, a proposito delle altre procedure, sicchè, si è rilevato⁵⁶², occorre fare riferimento alla disciplina dell'amministrazione straordinaria nelle sue successive modificazioni.

Come sopra accennato, già la legge Prodi conteneva disposizioni in merito all'insolvenza di gruppo (art. 3, legge n. 95/1979), mentre il decreto legislativo n. 270/1999 dedica un intero Titolo (il IV) alla disciplina dell'estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese del gruppo ed al regime delle responsabilità.

Nella vigenza della legge Prodi, gli amministratori della holding esercente la direzione unitaria erano solidalmente responsabili con quelli della società in amministrazione straordinaria per gli eventuali danni ad essa cagionati.

Coerentemente con la disciplina codicistica sulla direzione e coordinamento, non si riteneva di per sé illegittima la direzione unitaria ma piuttosto si intendeva sanzionare gli atti illeciti che si sostanziano in abusi della posizione di influenza dominante realizzati nell'interesse della capogruppo o di altra società del gruppo in danno di una delle società controllate. La responsabilità degli amministratori discende quindi da tali comportamenti dannosi ed è fondata sul presupposto che chi ha il potere influenzare la gestione delle società del gruppo deve rispondere delle conseguenze dannose in misura direttamente proporzionale alla propria sfera d'azione⁵⁶³.

La legge 3 aprile 1979 n. 95, quindi, nel disciplinare l'estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese del gruppo, statuiva all'art. 3 che essa potesse trovare applicazione verso: «a) la società che controlla, direttamente o indirettamente, la società in amministrazione straordinaria; b) le società direttamente o

⁵⁶¹ V. sul punto L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, La fase prodromica di commissariamento giudiziale* (c.d. fase di osservazione), in *Quaderni di diritto Commerciale*, Milano 2005, 112.

⁵⁶² A. DI MAJO, *Impresa di gruppo e attrazione nell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2008, 222.

⁵⁶³ In tal senso ABATE, *I gruppi di impresa: problemi di diritto sostanziale e concorsuale*, in www.csm.it.

indirettamente controllate dalla società in amministrazione straordinaria o dalla società che la controlla; c) le società che in base alla composizione dei rispettivi organi amministrativi risultano sottoposte alla stessa direzione della società in amministrazione straordinaria; d) le società che hanno concesso crediti o garanzie alla società in amministrazione straordinaria, o alle società di cui alle precedenti lettere, per un importo superiore, secondo le risultanze dell'ultimo bilancio, ad un terzo del valore complessivo delle proprie attività»⁵⁶⁴.

Prescindendo in questa sede dall'analisi del dibattito sorto in dottrina sulla disciplina della crisi di gruppo delineata dalla legge 3 aprile 1979 n. 95, è opportuno rilevare che – come è stato segnalato – nei venti anni della sua vigenza e per merito anche al dibattito sorto in sede teorica e pratica, essa è stata un valido antecedente della nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria dei gruppi di imprese insolventi delineata dalla *Prodi bis*⁵⁶⁵.

Il decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 ha infatti successivamente regolato l'estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese appartenenti ad un gruppo agli artt. 80 e ss.

Non dissimilmente da altre leggi speciali (più sopra considerate) che hanno preso in considerazione la fattispecie del gruppo dedicandovi una disciplina “autonoma” e “specificata”, la *Prodi bis* ha fornito una definizione *ad hoc* del fenomeno in questione, identificandolo «nella presenza di vincoli di “controllo” tra imprese», quest'ultimo identificato secondo una nozione ben “più ampia” di quella dettata dall'art. 2359 del codice civile⁵⁶⁶: in ciò si è quindi ravvisata la prevalenza dell'orientamento teso ad accogliere nella legislazione speciale una nozione di gruppo più estesa rispetto a quella di diritto comune ma che non sembra utile ai fini della ricostruzione di una “disciplina generale ed organica del fenomeno”⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Così l'art. 3 della legge *Prodi*. V. sul punto L. SABATO, [La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi](http://www.ilfallimento.it/ricerche): "D.Lgs. 8 Luglio 1999, n. 270", in <http://www.ilfallimento.it/ricerche>.

⁵⁶⁵ Così A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, fasc. 3, parte I, 558.

⁵⁶⁶ Così A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, fasc. 3, parte I, 559-560.

⁵⁶⁷ Così A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, fasc. 3, parte I, 560. Un collegamento fra la disciplina “comune” e quella “speciale” dell'amministrazione straordinaria è stato rinvenuto nell'art. 2497 c.c., novellato dalla riforma societaria, il quale stabilisce che, in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, l'azione dei creditori è esercitata dal Commissario straordinario (ovvero dal curatore o liquidatore in caso di fallimento e liquidazione coatta amministrativa). Sebbene non possa ritenersi che la disciplina comune (art. 2497 c.c.) abbia abrogato quella speciale (d. lgs. n. 270/99) – potendo quindi convivere le due

Gli elementi fondamentali della nuova disciplina introdotta dal decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270, possono essere identificati, in primo luogo, nell'art. 80 che definisce la "procedura madre" e le "imprese del gruppo"⁵⁶⁸; altresì, *inter alia*: nella previsione dell'estensione della procedura alle sole imprese insolventi del gruppo, pur se prive dei requisiti dimensionali e di indebitamento previsti dall'art. 2 (v. art. 81, che esclude, rispetto alla *legge Prodi*, l'estensione automatica dell'amministrazione straordinaria a tutte le altre società insolventi appartenenti allo stesso gruppo); nella presenza di organi procedurali comuni per tutte le imprese ammesse all'amministrazione straordinaria (artt. 82 e 85); nella responsabilità da direzione unitaria abusiva (art. 90); nelle c.d. revocatorie aggravate infragruppo (art. 91)⁵⁶⁹.

Più precisamente, il decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 fornisce, in primo luogo alcune fondamentali definizioni preliminari⁵⁷⁰:

- (i) per "*procedura madre*", si intende la procedura di amministrazione straordinaria di un'impresa in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2 e 27 e che faccia parte di un gruppo;
- (ii) per "*imprese del gruppo*" si intendono: 1) le imprese che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre. "In questo caso il rapporto di controllo sussiste, anche con riferimento a soggetti diversi dalle società, nei casi previsti dall'art. 2539, primo e secondo comma del codice civile"⁵⁷¹; 2) le società che siano direttamente o indirettamente controllate dall'impresa già assoggettata alla procedura madre o dall'impresa che ne detiene il controllo. Come sopra, la relazione di controllo opera anche rispetto a soggetti diversi dalle società, nelle ipotesi di cui all'art. 2539, primo e secondo comma del codice civile; 3) "le imprese che per la composizione degli organi

discipline – si è ritenuto che un preventivo coordinamento avrebbe potuto evitare conflitti fra norme nonché l'aumento della litigiosità e dei tempi della giustizia.

⁵⁶⁸ Sull'argomento v. A. JORIO, "*I gruppi di società*", in *La riforma dell'Amministrazione Straordinaria e le altre Procedure Concorsuali*", Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 11 novembre 2000, Milano, 99.

⁵⁶⁹ Così L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, La fase prodromica di commissariamento giudiziale* (c.d. fase di osservazione) in *Quaderni di diritto Commerciale*, Milano, 2005, 112 ss. sui su richiamati elementi fondamentali così come su altri dall'A. identificati.

⁵⁷⁰ V. sul punto R. MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, 2005, 137 ss.

⁵⁷¹ Così R. MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, 2005, 138. V. anche L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, La fase prodromica di commissariamento giudiziale* (c.d. fase di osservazione), in *Quaderni di diritto Commerciale*, Milano 2005, 114-115.

amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultino soggette ad una “direzione comune” a quella dell’impresa sottoposta alla procedura madre”⁵⁷².

Altresì, l’art. 81 detta le norme fondamentali in ordine ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria *ex Prodi bis*; la norma dà atto, in primo luogo, della scelta di ammettere all’amministrazione straordinaria anche le imprese insolventi del gruppo che non siano in possesso dei requisiti legali necessari (tra cui “numero minimo dei lavoratori subordinati, rapporto tra ammontare dei debiti da una parte ed attivo dello stato patrimoniale e dei ricavi dall’altra parte”)⁵⁷³; in particolare, il secondo comma attribuisce rilievo all’eventuale esistenza di collegamenti di natura economica o produttiva⁵⁷⁴ che dovrebbero costituire il presupposto per la valutazione dell’opportunità della “*gestione unitaria dell’insolvenza nell’ambito del gruppo*”, quest’ultima condizione necessaria per l’ammissione alla procedura delle imprese del gruppo pur non “risanabili” (e, correlativamente, per agevolare il raggiungimento degli obiettivi della procedura)⁵⁷⁵.

Inoltre l’art. 88 fornisce le nozioni di “impresa insolvente”, “impresa di gruppo”, e “società di gruppo”, intendendosi per “società del gruppo”, evidentemente, le imprese del gruppo che abbiano forma societaria (art. 88, lett. c), mentre per “imprese del gruppo” le “imprese [...] che si trovano nei rapporti” indicati dalla norma di cui all’art. 80, comma 12, lett. b), il quale peraltro precisa che nella definizione di “imprese del gruppo” alla quale esso fa riferimento sono incluse anche quelle non insolventi.

Infine, la nozione di “impresa dichiarata insolvente” è contenuta all’art. 88 lett. a), che la qualifica come “l’impresa dichiarata insolvente a norma dell’art. 3, anche se successivamente ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria o dichiarata

⁵⁷² R. MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, cit., 138.

⁵⁷³ Così G. MUCCIARELLI, *Impresa e impresa del gruppo nella nuova legge sull’amministrazione straordinaria*, in *Riv. soc.*, 2000, n. 1, 911.

⁵⁷⁴ Sul punto v. L. FARENGA, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2005, 115 ss. che osserva: per “*collegamenti di natura economica*” si intendono tradizionalmente “quelli di carattere partecipativo, cioè il collegamento tra l’impresa operativa e la holding, o comunque tra una partecipata e la controllante”, ma possono esservi ricompresi anche quelli derivanti dalla “esistenza di finanziamenti o prestazioni di garanzie tra le società del gruppo”; diversamente, *collegamenti di natura produttiva* possono consistere, ad esempio, nella partecipazione necessaria di una società del gruppo al processo produttivo della società assoggettata alla procedura madre, sicché il fallimento della prima risulterebbe “deleterio” per la società in amministrazione straordinaria ed il suo processo produttivo.

⁵⁷⁵ In tal senso v. R. MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, 2005, 138.

fallita....”, ove il senso della precisazione “anche se” è stato ritenuto non completamente chiaro⁵⁷⁶.

Dall’analisi sin qui condotta, risulta già evidente che con la riforma del 1999 il concetto di “gruppo” assume connotati più ampi, secondo una certa dottrina, con la finalità precipua di favorire la “*propagazione della procedura*”⁵⁷⁷: in tal senso depone, in particolare, la previsione per cui l’ammissione all’amministrazione straordinaria delle imprese del gruppo può essere disposta indipendentemente dal possesso dei requisiti previsti nell’art. 2.

Sul punto, occorre altresì precisare che l’art. 27 individua gli ulteriori requisiti necessari per l’ammissione alla procedura delle imprese del gruppo, requisiti individuabili nelle concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività imprenditoriali, oppure nell’opportunità di procedere alla gestione unitaria dell’insolvenza – nel contesto del gruppo - per il raggiungimento degli obiettivi della procedura.

Altresì, l’art. 86 del decreto legislativo n. 270/1999 stabilisce che il Commissario debba redigere un autonomo programma – di cessione o di ristrutturazione - per ciascuna impresa del gruppo mentre i successivi artt. 87 e 91 disciplinano la conversione dell’amministrazione straordinaria in fallimento e le revocatorie infragruppo.

Tuttavia, sebbene il decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 abbia apportato significative innovazioni alla disciplina dell’insolvenza del gruppo (non solo – si è rilevato - implementando la disciplina già approntata dalla *legge Prodi* ma anche “ampliando”, di riflesso, quella di diritto comune), essa non è stata esente da critiche, in dottrina, in ordine alla sua pretesa incompletezza⁵⁷⁸.

Successivamente, il fenomeno dell’insolvenza di gruppo è trattato dalla nuova disciplina contenuta nel decreto legge n. 347/2003 e relativa legge di conversione n. 39/2004: il nuovo decreto, tuttavia, non prevede novità di rilievo, rinviando sostanzialmente all’art. 81 del decreto legislativo n. 270/1999 e recependo la nozione di gruppo delineata nel precedente art. 80 del medesimo decreto n. 270/99.

⁵⁷⁶ S. BONFATTI, *La disciplina della responsabilità “nei casi di direzione unitaria” nella nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese commerciali insolventi*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, gennaio-febbraio 2001, 163 e ss.

⁵⁷⁷ G. SANTONI, *L’amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1999, fasc. 1-4. 89 ss.

⁵⁷⁸ L. FARENGA, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, La fase prodromica di commissariamento giudiziale* (c.d. fase di osservazione), in *Quaderni di diritto Commerciale*, Milano 2005, 112 ss.

Pertanto, anche nella amministrazione straordinaria c.d. delle grandissime imprese in crisi sarà praticabile l'estensione della procedura alle imprese del gruppo dichiarate insolventi, anche laddove non soddisfino le condizioni per l'ammissione alla procedura di cui all'art. 1 del decreto legge n. 347/2003 ma presentino *concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico* oppure la gestione unitaria dell'insolvenza possa favorire il conseguimento degli obiettivi della procedura.

Quanto ai requisiti dimensionali richiesti per l'estensione della procedura alle imprese del gruppo (come noto modificati dal d.l. n. 347/2003), il legislatore ha cercato di superare il conflitto giurisprudenziale originatosi a proposito della corretta applicazione dell'art. 2 del d. lgs. 270/99⁵⁷⁹ propendendo per il calcolo dei requisiti su base aggregata, sebbene anche quest'ultima soluzione non abbia beneficiato di consensi unanimi da parte della stessa giurisprudenza⁵⁸⁰.

Talune innovazioni, da ultimo, sono presenti nel c.d. decreto *Alitalia*, di cui si dirà nell'ultimo capitolo del presente lavoro.

3. L'estensione dell'amministrazione straordinaria al gruppo di imprese nel d. lgs. n. 270/99. Cenni procedurali.

Volendo fornire alcuni cenni di carattere procedurale sull'estensione dell'amministrazione straordinaria al gruppo di imprese nel d. lgs. n. 270/99, occorre precisare che il relativo art. 82 prevede, in primo luogo, che l'estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese del gruppo sia regolata seguendo la medesima disciplina applicata all'impresa oggetto della "procedura madre"; tuttavia, il tribunale competente – diversamente da quanto previsto dalla *legge Prodi* che attribuiva la competenza giurisdizionale allo stesso Tribunale in cui era aperta la procedura madre

⁵⁷⁹ S. PACCHI PESUCCI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di "rilevanti" dimensioni*, cit.

⁵⁸⁰ Trib. Cuneo, 10 febbraio 2000, in *Fall.*, 2000, 447, ritiene che si possa tener conto del numero complessivo dei dipendenti impiegati nel gruppo, sebbene nessuna delle imprese isolatamente considerata raggiunga il limite dimensionale previsto dalla legge. *Contra*, Trib. Lucca, 3 maggio 2001, in *Dir. fall.*, 2002, II, 279, che invece ritiene necessaria la sussistenza autonoma del requisito dimensionale in ciascuna impresa richiedente la procedura. A favore di tale interpretazione "*in quanto l'intervento pubblico si giustifica solo in presenza e per la gestione di una situazione economica e occupazionale di grande (anche se non più di eccezionale) rilevanza*", ZANICHELLI, *La ristrutturazione industriale di grandi imprese*, in stato di insolvenza (D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge 18 febbraio 2004, n. 39 e successivamente modificata - "decreto Marzano"), in FAUCEGLIA-PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 2080, il quale ravvisa i rischi di fenomeni "abusivi" laddove la normativa rendesse possibile la sottoposizione alla procedura di imprese, anche dimensionalmente modeste, solo in quanto appartenenti al gruppo. Sul punto, v. anche L. ROVELLI, *L'amministrazione delle grandi imprese insolventi*, in PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2002, 40 ss.

- non è quello della procedura madre, bensì quello del luogo in cui l'impresa considerata ha la propria sede principale⁵⁸¹.

L'estensione può intervenire sin dall'origine per le imprese del gruppo che versino in stato di insolvenza (art. 81, co. 1) mentre può essere disposta successivamente, con apposito provvedimento di conversione del fallimento in amministrazione straordinaria, unicamente laddove il decreto di apertura della procedura madre sia pronunciato dopo la sentenza di fallimento di un'impresa del gruppo e prima dell'eventuale conclusione della liquidazione dell'attivo⁵⁸² (art. 84, comma 1).

Per quanto concerne i *presupposti* la cui sussistenza è necessaria ai fini dell'estensione della procedura alle imprese del gruppo occorre in primo luogo far riferimento al *presupposto soggettivo*: invero, per l'estensione della procedura già aperta nei confronti di un'impresa avente i requisiti di cui all'art. 2 ad altra impresa collegata, seppur priva dei richiamati requisiti, è necessaria l'appartenenza di entrambe le imprese al medesimo gruppo⁵⁸³.

Alla delimitazione del concetto di "gruppo" rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina, provvede l'art. 80 del d. lgs. n. 279/99 che identifica il gruppo nella sussistenza di vincoli di "controllo" tra imprese; più precisamente, l'art. 80, co. 1, lett. b), fornisce la definizione di "imprese del gruppo" facendo riferimento all'esistenza di rapporti di controllo azionario, diretto o indiretto, oppure alla soggezione dell'impresa ad una direzione comune con l'impresa già assoggettata alla "procedura madre"⁵⁸⁴.

Inoltre, si è rilevato che non risulta dirimente il fatto che l'impresa eventualmente soggetta alla procedura madre, così come, analogamente, l'impresa a cui estendere la stessa, sia stata costituita in forma societaria; invero, potrebbe trattarsi di un "ente" persona fisica o di altra natura, come un'associazione – riconosciuta o meno – o una fondazione, che sarebbero assoggettabili alla procedura sul presupposto che ne sia ammesso il fallimento⁵⁸⁵.

Una volta accertata la sussistenza del c.d. *presupposto soggettivo*, occorre verificare la ricorrenza, ai fini dell'estensione della procedura alle altre imprese del

⁵⁸¹ In tal senso R. MARRAFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, 2005, 139.

⁵⁸² Così A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, fasc. 3, parte I, 559.

⁵⁸³ Così A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, fasc. 3, parte I, 559.

⁵⁸⁴ V. A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, fasc. 3, parte I, 559-560.

⁵⁸⁵ Così G. SANTONI, *L'amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1999, 119.

gruppo, degli *altri presupposti e condizioni*⁵⁸⁶ di seguito indicati, e in particolare: (i) “che l’impresa sia soggetta alle disposizioni sul fallimento”, con esclusione, pertanto, delle imprese sottoposte in via esclusiva alla liquidazione coatta amministrativa; (ii) “che l’impresa sia insolvente”; (iii) “che l’impresa presenti concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico ovvero che risulti opportuna la gestione unitaria dell’insolvenza” di gruppo per raggiungere gli obiettivi previsti dalla procedura.

La concreta verifica circa la sussistenza dei predetti presupposti e condizioni spetta al Tribunale competente.

Diversamente, l’iniziativa per la dichiarazione dello stato di insolvenza è attribuita, oltre che ai soggetti di cui all’art. 3 del d. lgs. n. 270/99, anche al Commissario straordinario della procedura madre il quale, in caso di iniziativa di terzi o d’ufficio, dovrà essere convocato dal tribunale ai sensi dell’art. 7.

Altresì, qualora l’appartenenza al gruppo di cui faccia parte l’impresa assoggettata alla procedura madre non sia manifesta, lo stesso Commissario straordinario della procedura madre potrebbe tentare di dimostrare detta appartenenza così scongiurando il fallimento dell’impresa collegata⁵⁸⁷.

Inoltre, alla procedura di amministrazione straordinaria dell’impresa del gruppo sono preposti gli stessi organi nominati per la procedura madre e le spese generali della procedura sono imputate alle singole imprese del gruppo in proporzione alle rispettive masse attive.

L’estensione della procedura nei confronti delle imprese del gruppo può intervenire, su istanza del Commissario straordinario, sia contestualmente all’apertura della procedura madre, previa presentazione di un ricorso al Tribunale per la dichiarazione di insolvenza, sia successivamente, nel corso di tutta la durata della procedura madre (art. 81, co. 1), anche su ricorso del commissario straordinario.

A seguito dell’ammissione dell’impresa del gruppo alla procedura, il commissario straordinario predispone un programma secondo uno degli indirizzi alternativi previsti dall’art. 27, co. 2; in tale ipotesi, il programma può divergere da quello dell’impresa madre che goda dello stesso regime ex artt. 57 ss.

⁵⁸⁶ Riepilogati, come segue nel testo, da G. SANTONI, *L’amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1999, 119-120.

⁵⁸⁷ Sul tema v. R. MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, 2005, 138 ss. e L. FARENGA, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, La fase prodromica di commissariamento giudiziale* (c.d. fase di osservazione), in *Quaderni di diritto Commerciale*, Milano 2005, 119.

Se invece l'impresa del gruppo viene ammessa in considerazione dell'opportunità della gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo ma in assenza delle condizioni indicate nell'art. 27, il commissario straordinario predispone un programma integrativo rispetto a quello approvato ai sensi dell'art. 57 nell'ambito della procedura madre o in relazione ad altra impresa del gruppo ammessa alla procedura.

Ad ogni modo, al fine di assicurare il perseguimento degli scopi della procedura, il d. lgs. n. 270/99 prevede la possibilità che il fallimento dell'impresa del gruppo – dichiarato prima dell'ammissione all'amministrazione straordinaria dell'impresa madre – possa essere convertito in amministrazione straordinaria (art. 84)⁵⁸⁸.

In tale ipotesi, oltre al Tribunale d'ufficio, “chiunque via abbia interesse” può attivarsi per la conversione che tuttavia può essere disposta solo laddove sussistano i requisiti per l'estensione della procedura di cui all'art. 81 e non sia già esaurita la liquidazione dell'attivo⁵⁸⁹.

3.1. (Segue) La fase del commissariamento giudiziale.

A seguito della dichiarazione dell'insolvenza dell'impresa del gruppo si addivene alla fase di commissariamento giudiziale ai sensi degli artt. 13 ss., richiamati dall'art. 82 del d. lgs. n. 270/99⁵⁹⁰; come accennato, ferma l'identità degli organi preposti alla procedura, il commissario giudiziale (già della procedura madre) dovrà accertare – con la relazione depositata entro 30 giorni in Tribunale – la sussistenza delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico *ex art. 27* – in tal caso attraverso la cessione dei complessi aziendali oppure mediante un programma di ristrutturazione – oppure, in mancanza, l'opportunità di una gestione unitaria dell'insolvenza di gruppo⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ V. L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, La fase prodromica di commissariamento giudiziale* (c.d. fase di osservazione), in *Quaderni di diritto Commerciale*, Milano 2005, 121.

⁵⁸⁹ V. L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2005, 121 ss. Sul tema v. anche R. MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, 2005, 140 ss.

⁵⁹⁰ In tal senso L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, La fase prodromica di commissariamento giudiziale* (c.d. fase di osservazione), in *Quaderni di diritto Commerciale*, Milano 2005, 122.

⁵⁹¹ Così L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, La fase prodromica di commissariamento giudiziale* (c.d. fase di osservazione), in *Quaderni di diritto Commerciale*, Milano 2005, 122-123.

Una volta valutata la predetta relazione – trasmessa anche al Ministero per il relativo parere - il Tribunale provvederà, alternativamente, all'apertura della procedura di amministrazione straordinaria oppure alla dichiarazione di fallimento.

Nella prima ipotesi, il commissario straordinario, subentrato al commissario giudiziale, dovrà predisporre il programma di cessione o di ristrutturazione ai sensi dell'art. 27 comma 2, oppure, laddove l'estensione sia giustificata, in via alternativa, dalla opportuna gestione unitaria dell'insolvenza di gruppo, dovrà redigere un programma integrativo rispetto a quello già formulato per la procedura madre (art. 86)⁵⁹².

La gestione unitaria dell'insolvenza di gruppo costituisce una delle innovazioni più significative del d. lgs. n. 270/99⁵⁹³, peraltro oggetto di valutazioni positive da parte della giurisprudenza nazionale⁵⁹⁴ e degli organi comunitari⁵⁹⁵, nell'ottica di salvaguardare i collegamenti di natura, economica, strategica e produttiva fra le imprese del gruppo nonché di meglio tutelare la dismissione degli *assets* e, soprattutto, i livelli occupazionali.

Si è osservato come la rilevanza della scelta legislativa si riflette anche nelle caratteristiche che la procedura assume una volta disposta la gestione unitaria del gruppo insolvente, posto che in tal caso si addivene ad una procedura definita *ex lege* conservativa del patrimonio produttivo e, come tale, volta a garantire la prosecuzione, la riattivazione o la riconversione dell'attività imprenditoriale, finalità ancor più evidente se si ha riguardo alla circostanza per cui, ai sensi dell'art. 87, non si può procedere alla conversione in fallimento della procedura dell'impresa del gruppo se non quando sia convertita in fallimento la procedura madre.

Invero, stante il collegamento intrinseco fra la procedura madre e quelle "estese" alle altre imprese del gruppo, la conversione in fallimento della procedura madre comporterà conseguenzialmente la conversione in fallimento dell'impresa del gruppo (art. 87), che sarà disposta in ogni caso, qualunque sia la causa che ha determinato la chiusura della procedura madre (art. 87).

⁵⁹² Così L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, La fase prodromica di commissariamento giudiziale* (c.d. fase di osservazione), in *Quaderni di diritto Commerciale*, Milano 2005, 124.

⁵⁹³ G. SANTONI, *L'amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1999, fasc. 1-4, 197 ss.

⁵⁹⁴ V. Trib. Roma, 7 giugno 2007, che ha rilevato come una simile "gestione possa favorire una dismissione delle attività nella loro organica composizione operativa, e dunque in condizioni da presumersi di maggiore interesse per gli operatori del mercato rilevante".

⁵⁹⁵ Artt. 27 ss. Reg. CE n. 1346/2000.

3.2. (Segue). L'azione revocatoria "aggravata".

La disciplina della c.d. revocatoria "aggravata" per le operazioni infragruppo (già presente nella *legge Prodi*), è contenuta nell'art. 91 del d. lgs. n. 270/99.

L'articolo in questione riproduce per la gran parte l'art. 3, comma 3, della *legge Prodi*, riconoscendo al Commissario Straordinario dell'impresa posta in amministrazione straordinaria ed al curatore dell'impresa dichiarata insolvente la facoltà di promuovere un peculiare tipo "aggravato" di revocatoria fallimentare, in quanto esperibile nei confronti delle imprese del gruppo, anche se non insolventi e non sottoposte ad amministrazione straordinaria, con termini prescrizionali dilatati (sino a cinque e tre anni, a seconda del tipo di atto) rispetto al fallimento, da computarsi a decorrere dalla dichiarazione dello stato di insolvenza⁵⁹⁶.

Si è rilevato tuttavia che nonostante il contenuto per certi versi analogo a quello dell'art. 3 della *legge Prodi*, l'art. 91 del decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 contiene alcune significative novità: in primo luogo, "l'alternatività tra amministrazione straordinaria e fallimento", potendo la revocatoria aggravata essere spiegata, oltre che dal commissario straordinario, anche dal curatore del fallimento, o più precisamente, dal curatore di quella società insolvente del gruppo che si sia rivelata priva di "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali" oppure non abbia soddisfatto gli obiettivi dell'amministrazione straordinaria, con conseguente conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento⁵⁹⁷.

Ulteriore novità è stata rinvenuta nell'applicabilità alla revocatoria aggravata degli stessi principi stabiliti in via generale per la revocatoria nella procedura di amministrazione straordinaria, potendo così la revocatoria essere esercitata – sia essa o meno aggravata - solo in ipotesi di autorizzazione di un programma di cessione dei complessi aziendali e non di risanamento⁵⁹⁸.

Ma l'innovazione più rilevante è stata identificata nell'area di estensione della revocatoria infragruppo, esperibile «*nei confronti delle imprese del gruppo*», individuato ai sensi dell'art. 80, come sopra descritto, e risultando quindi irrilevante se

⁵⁹⁶ V. per tutti C. COSTA, *La revocatoria nei gruppi di imprese*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2000, fasc. 1, parte I, 64 ss.

⁵⁹⁷ Così C. COSTA, *La revocatoria nei gruppi di imprese*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2000, fasc. 1, parte I, 64-65.

⁵⁹⁸ In tal senso ancora C. COSTA, *La revocatoria nei gruppi di imprese*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2000, fasc. 1, parte I, 65.

la società oggetto della revocatoria sia anch'essa soggetta o meno ad amministrazione straordinaria⁵⁹⁹: in tal modo il legislatore ha inteso evitare la produzione di indebiti vantaggi in capo alle altre imprese del gruppo che, avendo preventiva cognizione della crisi di una propria consociata, possano compiere operazioni a danno dei creditori⁶⁰⁰.

4. Cenni sull'insolvenza transfrontaliera. I principi dell'universalità e della territorialità.

Come anticipato nell'introduzione al presente lavoro, la tutela degli interessi connessi alla crisi della grande impresa può connotarsi di ulteriori profili di complessità derivanti dall'eventuale operatività internazionale dell'impresa soggetta ad amministrazione straordinaria o, meglio, dal radicamento del gruppo a livello internazionale, quindi oltre il contesto nazionale: tale complessità è determinata, in particolare, dalla necessità di armonizzazione delle discipline sostanziali e di coordinamento giurisdizionale, processo arduo in virtù delle fisiologiche diversità degli ordinamenti interni e della tradizionale difesa della propria sfera giurisdizionale da parte degli Stati in relazione alle pretese esecutive riferibili ad altro ordinamento⁶⁰¹.

Le richiamate difficoltà – come osservato in dottrina - hanno assunto una portata ancor più consistente nella materia fallimentare, laddove, allo scopo di garantire la soddisfazione della *par condicio creditorum*, il fallimento (e più in generale ogni procedura concorsuale, e quindi fra di esse l'amministrazione straordinaria) è stato tradizionalmente elevato a procedura dal carattere universale ed unitario; tuttavia, l'eventuale transnazionalità della procedura conduce inevitabilmente all'attenuazione del principio di universalità in favore di quello di territorialità, e ciò in ragione dell'esercizio in sede processuale dell'esecuzione forzata sui beni dell'impresa insolvente che siano collocati all'estero.

In particolare, nell'amministrazione straordinaria, laddove una o più società del gruppo abbiano sede in uno o più Stati esteri, talune criticità sono state sollevate in ordine all'estensione della procedura in virtù del fatto che il decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 non contiene alcuna indicazione in merito: i dubbi si concentrano

⁵⁹⁹ Così C. COSTA, *La revocatoria nei gruppi di imprese*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2000, fasc. 1, parte I, 65.

⁶⁰⁰ V. A. CESARONI P. DE GIOIA, P. CARABELLESE, *L'amministrazione straordinaria della grande impresa commerciale insolvente: prime riflessioni*, in *Fallimento*, 1999, 977 ss.

⁶⁰¹ R. PAPPALARDO, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Diritto fallimentare e società commerciali*, n. 5, 2004, 1100.

essenzialmente intorno al disposto dell'art. 82 che attribuisce la competenza all'accertamento dei presupposti per l'estensione della procedura al tribunale ove l'impresa del gruppo ha la propria sede principale; si è osservato che applicando letteralmente la norma, in ipotesi di controllata estera la competenza sarebbe attribuita al giudice dello Stato estero⁶⁰².

Il problema della crisi transfrontaliera è stato specificamente affrontato a livello comunitario - su iniziativa della Repubblica Federale di Germania e della Finlandia - attraverso l'adozione di un regolamento sull'insolvenza transfrontaliera, quindi immediatamente applicabile negli Stati membri che si caratterizza come un meritevole compromesso tra il principio di universalità e quello di territorialità.

4.1. (Segue). La situazione antecedente al Regolamento CE sulle procedure d'insolvenza transfrontaliera n. 1346/2000. Le convenzioni internazionali.

Prima dell'entrata in vigore del Regolamento CE sull'insolvenza transfrontaliera, nel panorama europeo non era possibile rinvenire una disciplina organica sul tema, eccezion fatta per alcune convenzioni bilaterali, peraltro fra Stati aventi profondi vincoli di interrelazione economica: ma in tali convenzioni, più che un reale intento di coordinamento ed armonizzazione giurisdizionale, si rinveniva la volontà di disporre del foro competente per ragioni di convenienza⁶⁰³.

Tra le predette convenzioni bilaterali, stipulate dall'Italia, si segnalavano: la convenzione Italia/Austria, sottoscritta il 12 luglio 1977, in materia di fallimento e di concordato, (ratificata con legge 14 ottobre 1985, n. 612); la convenzione Italia/Francia, sottoscritta il 3 giugno 1930, per l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, 1930 (ratificata con legge 7 gennaio 1932, n. 45); la convenzione Italia/Regno Unito, firmata il 7 febbraio 1964, (ratificata con legge 18 maggio 1973, n. 280) per il reciproco riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale.

E' evidente che la compresenza di plurimi accordi fra singoli stati nazionali non rappresentasse una soluzione conforme alle esigenze di armonizzazione e

⁶⁰² Così L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2005. 125 ss.

⁶⁰³ C. PUNZI, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 4, 2003, 1035.

coordinamento giurisdizionale che contraddistinguevano la rilevante materia della crisi di impresa sovranazionale, con l'obiettivo, peraltro, di comporre il conflitto fra i due fondamentali principi della universalità e della territorialità cui sopra si è fatto cenno.

Anche alla luce di quanto sopra, a livello internazionale (prima che comunitario) vennero assunte alcune iniziative, nella prospettiva di fornire una regolamentazione uniforme, già agli inizi del secolo scorso.

In particolare, gli sforzi maggiori furono profusi da associazioni internazionali, tra cui la *International Bar Association*⁶⁰⁴, che ha suggerito alcune regole per l'applicazione uniforme, e l'*Uncitral*: quest'ultima ha provveduto all'approvazione di una "*Model law*" utile ad assistere gli Stati nella predisposizione di leggi interne sulle procedure di insolvenza; tuttavia, in entrambe le ipotesi, i tentativi spesi non furono sufficienti a fornire una risposta esaustiva ai segnalati problemi derivanti dall'apertura di una procedura concorsuale in un contesto multigiurisdizionale.

Il legislatore italiano, pur intervenuto sul tema con l'adozione della legge di riforma del diritto internazionale privato, si era limitato a statuire un principio generale volto a garantire l'ampliamento della giurisdizione italiana – al fine di coinvolgere beni ed attività presenti sul territorio nazionale - anche ad imprese aventi il proprio principale centro organizzativo all'estero, indipendentemente dalla già eventualmente intervenuta dichiarazione di insolvenza da parte dello Stato estero: si è conseguentemente rilevato che, in virtù di tale principio, la presenza di un pur labile collegamento con il territorio italiano fosse requisito sufficiente per garantire la competenza giurisdizionale del giudice italiano⁶⁰⁵.

Conseguentemente, prima dell'entrata in vigore del Regolamento CE n. 1346/2000⁶⁰⁶ gli unici riferimenti normativi, in termini di disciplina volta a garantire un

⁶⁰⁴ V. il sito www.ibanet.org ove si precisa: "Fondata nel 1947, l'International Bar Association (IBA) è la più grande organizzazione mondiale di professionisti del settore legale, di associazioni forensi (bar) e di avvocatura (law society). L'IBA annovera, tra i suoi membri, oltre 40.000 avvocati e circa 200 associazioni forensi e di avvocatura dislocati in tutti i paesi del mondo. L'IBA svolge un ruolo determinante nell'evoluzione dei quadri legislativi internazionali e contribuisce a plasmare il futuro della professione legale in tutto il mondo. La sua sede legale è a Londra, con direzioni regionali a São Paulo (Brasile) e a Dubai (Emirati Arabi)".

⁶⁰⁵ V. PROTO, *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e le procedure concorsuali*, in *Fallimento*, n. 1, 1997, 17.

⁶⁰⁶ Recante la nuova disciplina delle procedure di insolvenza (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 30 giugno 2000, L 160). è stato adottato sulla base dell'art. 65 TCE, a seguito dell'iniziativa di Repubblica Federale di Germania e Repubblica Finlandia, presentata al Consiglio del 26 maggio 1999 (1999/C 221/06, in *G.U.C.E.*, 3 agosto 1999, C 221, p. 8). Sul Regolamento, *ex multis*: S. BARIATTI, *L'applicazione del regolamento CE n.1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, 673 ss.; R. BATTAGLIA., *Brevi note sul regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2002, 23 ss.; R.E. BORAEL, *Forum of Competent Jurisdiction: Lessons from the European Union Insolvency Regulation*, in *The*

effettivo coordinamento giurisdizionale, erano rappresentati dalle convenzioni internazionali sopra menzionate.

4.2. (Segue). L'adozione del Regolamento CE n. 1346 del 29 maggio 2000: alcuni profili problematici.

Il Regolamento CE n. 1346/2000 si proponeva quindi di soddisfare l'esigenza di addivenire alla predisposizione di una disciplina uniforme delle procedure di insolvenza per le imprese multinazionali: come rilevato in dottrina, tale esigenza si era fatta pressante in virtù, *inter alia*, dell'intensificarsi degli scambi commerciali transfrontalieri e dell'affermazione, sul piano comunitario, del principio di libera circolazione dei capitali e delle attività d'impresa nel mercato unico⁶⁰⁷.

Venivano così superate le resistenze degli Stati nazionali in favore dell'affermazione di uno spazio giuridico europeo volto a comporre le discipline concorsuali nazionali spesso caratterizzate da profili di contrasto⁶⁰⁸.

In tale direzione, si è significativamente rilevato che il Regolamento, nelle sue fondamenta, si ispira al principio di "universalità limitata o attenuata"⁶⁰⁹, con lo scopo di mettere da parte l'annosa contrapposizione ideologica fra i principi ispiratori delle discipline fallimentari sopra accennati, *i.e.* universalità e territorialità⁶¹⁰.

In particolare, si è rilevato che obiettivo fondamentale del Regolamento era quello di porre un freno al sempre più diffuso fenomeno (agevolato dall'assenza di una

International Lawyer, 2005, 781 ss.; P. BURBIDGE, *Cross border insolvency within the European Union: dawn of a new era*, in *European law review*, 2002, 589 ss.; R. CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Il Foro italiano*, 2002, V, 219 ss.; A. CALAVAGLIO, *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2003, 237 ss.; P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004.

⁶⁰⁷ Su tali profili v., *inter alia*, L. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, 169; A. LUPONE, *L'insolvenza transnazionale, Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995, 63; C. SANTINI, *la quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, in www.iudicium.it/ricerca/contatti_glo.htm.

⁶⁰⁸ A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, 154.

⁶⁰⁹ G. BONGIORNO, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, n. 2, 640.

⁶¹⁰ Sul tema v. G. BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1974, I, 261; ID., *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2003, n. 2, 640; DI MAJO, *Linee generali di coordinamento tra le procedure concorsuali in Italia ed in Europa*, in *Dir. Fall.*, 2003, n. 2, 597; PUNZI, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 1035; C. CARRARA, *Il caso Centros Ltd. V. Erhvervs-Og Selskabsstyrelsen e il criterio di collegamento internazionaleprivatistico della sede effettiva*, in *Dir. Fall.*, 2001, 508 ss.; L. FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 687.

disciplina specifica) di provvedere al “trasferimento” di beni o di procedimenti giudiziari da un paese all’altro dell’UE al fine di beneficiare del regime giuridico più favorevole al debitore, a danno dei creditori (c.d. “*forum shopping*”)⁶¹¹.

Il Regolamento fornisce i criteri utili ad individuare il giudice competente ad avviare la procedura di insolvenza e la legge applicabile nonché le regole in ordine al riconoscimento delle pronunce giurisdizionali che accertino l’insolvenza del debitore.

Gli elementi fondamentali di cui deve disporre la procedura per beneficiare dell’applicazione del Regolamento, su base transfrontaliera, sono stati individuati: (i) nel relativo carattere “concorsuale”; (ii) nella sussistenza di una situazione di insolvenza alla base; (iii) nella previsione dello spossessamento del debitore e della presenza di un curatore.

Occorre tuttavia chiarire che dall’applicazione del Regolamento non discende l’apertura di un’unica procedura “comunitaria” di insolvenza bensì la previsione per cui all’apertura di una procedura di insolvenza “principale” possa seguire l’apertura di ulteriori procedure “secondarie”.

Più precisamente, la procedura “principale” sarà instaurata nel luogo in cui è situato il centro degli interessi principali del debitore (c.d. *COMI*, *centre of main interests*): esso, per le società e le persone giuridiche coincide con il luogo in cui si trova la sede statutaria purchè all’interno del territorio UE.

Conseguentemente (i) gli atti compiuti in osservanza della legge dello Stato in cui è aperta la procedura principale riceveranno automatico riconoscimento negli altri Stati UE; (ii) potrà essere aperta una procedura secondaria d’insolvenza (o più procedure) nello Stato membro in cui il debitore abbia una c.d. “dipendenza”, ovvero dove egli eserciti in maniera non transitoria un’attività economica con risorse umane e beni materiali.

Tuttavia, sebbene il Regolamento abbia individuato i criteri di competenza giurisdizionale per l’apertura delle procedure di insolvenza, non sempre la relativa applicazione da parte dei giudici nazionali ha condotto a risultati uniformi, come ad esempio è avvenuto nel caso Parmalat.

Ciò anche in virtù della non piena inequivocabilità – come è stato ritenuto - del criterio preposto all’individuazione dell’ordinamento competente per l’apertura della procedura principale, il che ha dato luogo all’eventualità per cui più Stati si siano ritenuti competenti ad aprire la procedura d’insolvenza transfrontaliera, così generando

⁶¹¹ Sul punto v. D. U. SANTOSUOSSO, *L’insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, fasc. 2, 665.

un conflitto *positivo* di giurisdizione (come pure – meno verosimilmente – si è rilevato che potrebbe originarsi un conflitto *negativo* di giurisdizione laddove nessuno degli Stati membri si ritenga competente per l'apertura della procedura)⁶¹².

Il Regolamento (che è immediatamente precettivo) si applica a tutte le procedure di insolvenza iniziate successivamente al 31 maggio 2002 (data di entrata in vigore), nei confronti di qualunque debitore, persona fisica o giuridica, esercente attività commerciale o non commerciale (con la sola esclusione delle imprese assicuratrici e degli enti creditizi, delle imprese d'investimento che detengono fondi o valori mobiliari di terzi e gli organismi d'investimento collettivo), purché il relativo centro degli interessi principali si trovi all'interno dell'UE.

Più precisamente, l'art. 1 comma 1 dispone l'applicabilità del Regolamento “alle procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore e che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore”; e pertanto, anche all'amministrazione straordinaria, espressamente contemplata dall'allegato A⁶¹³.

Come sopra accennato, il Regolamento distingue due tipologie di procedure, la procedura principale di insolvenza e quella secondaria.

Come chiarito al punto 13 del Preambolo al Regolamento, la procedura principale di insolvenza viene aperta nello Stato membro nel quale è situato il centro degli interessi principali del debitore; detto centro si identifica con “il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale e riconoscibile a terzi la gestione dei propri interessi”⁶¹⁴ e per le società e le persone giuridiche si presume che esso coincida, fino a prova contraria, con il luogo in cui è situata la relativa sede statutaria.

Individuato il centro principale degli interessi del debitore in un determinato Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza secondaria solo se il debitore possiede una “dipendenza” nel territorio di tale Stato membro: tuttavia gli effetti di tale procedura – che dovrà essere necessariamente

⁶¹² FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 688.

⁶¹³ Allegato A al Regolamento CE n. 1346/2000: Procedure di insolvenza di cui all'articolo 2, lettera a) Italia: Fallimento - Concordato preventivo - Amministrazione straordinaria - Amministrazione controllata. Sul punto v. L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, 677 e L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2005. 124 ss.

⁶¹⁴ Il criterio riecheggia la nozione accolta nell'art. 9, co. I della nostra legge fallimentare, della “sede principale”, intesa come luogo della direzione ed amministrazione di attività e beni del debitore: v. Cass. 7 maggio 1999, n. 4560; Cass. 7 luglio 2000, n. 9070; Cass., 11 dicembre 2000, n. 15604.

una “procedura di liquidazione”, ai sensi dell’art. 3 del Regolamento - interessano esclusivamente i beni del debitore che si trovano in tale territorio⁶¹⁵.

Più precisamente, la procedura secondaria di insolvenza è disciplinata agli artt. 27-38 del Regolamento e deve trattarsi di una delle procedure previste dall’allegato B⁶¹⁶, fra le quali procedure – in linea con la previsione di cui al richiamato art. 3 - non è inclusa l’amministrazione straordinaria bensì sono contemplate solo il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa⁶¹⁷.

Alla luce di quanto sopra, si è rilevato che – salva l’ipotesi in cui l’ordinamento dello Stato estero in cui viene incardinata la procedura secondaria contempli una procedura omologa rispetto alla nostra amministrazione straordinaria - non sarebbe pertanto possibile addivenire all’estensione dell’amministrazione straordinaria alla società estera ai sensi dell’art. 81 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e ciò neanche volendo tentare la via della “gestione unitaria dell’insolvenza”⁶¹⁸.

In conclusione val la pena rilevare che a più di dieci anni dall’entrata in vigore del Regolamento l’approccio comunitario alle procedure d’insolvenza – come già rilevato anche a proposito dell’ordinamento italiano – risulta radicalmente mutato, posto che gli strumenti di risoluzione delle crisi sono sempre più improntati al salvataggio ed al risanamento dell’impresa quale alternativa alla liquidazione, al fine di evitare che l’uscita dell’impresa dal mercato (salvo il caso della sua “irrecuperabilità” che condurrebbe alla liquidazione) produca conseguenze negative per l’economia degli Stati membri e, in generale, di tutti i soggetti economici che siano entrati in contatto con l’imprenditore (specie il ceto bancario)⁶¹⁹.

Anche in virtù di tale cambiamento d’approccio, è tuttora in corso un processo di modifica del Regolamento CE n. 1346/2000 che ha coinvolto tutte le istituzioni europee e gli Stati membri.

⁶¹⁵ Così L. FARENGA, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2005, 125 e G. OLIVIERI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d’insolvenza*, (Reg. CE 1346/2000), in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm. V. anche S. CARBONE, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, 287; R. PAPPALARDO, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Il Diritto fallimentare e società commerciali*, 2004, n. 5, 1100.

⁶¹⁶ Allegato B al Regolamento CE 1346/2000, Procedure di liquidazione, di cui all’articolo 2, lettera c), Fallimento - Liquidazione coatta amministrativa.

⁶¹⁷ Così L. FARENGA, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2005, 125. V. anche D. U. SANTOSUOSSO, *L’insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, n. 2, 2003, 665 ss.

⁶¹⁸ Così L. FARENGA, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, cit., 126-127.

⁶¹⁹ V. sul punto la *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d’insolvenza nel contesto del diritto societario dell’UE*, in www.europarl.europa.eu.

4.3. (Segue). Alcuni celebri casi di insolvenza transfrontaliera. Il *leading case* “Eurofood” e il caso “Interedil”.

Secondo quanto statuito dalla Corte di Giustizia con sentenza del 2 maggio 2006, C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*⁶²⁰, “Il giudice competente ad aprire la procedura di insolvenza “principale” è, salve eccezioni adeguatamente motivate, quello dello stato membro in cui si trova la sede statutaria del debitore. La fiducia reciproca esige che i giudici di altri Stati membri riconoscano la decisione di apertura senza controllare la competenza, salvo nel caso in cui essa violi i diritti fondamentali”⁶²¹.

Sulla scorta del principio così enucleato, il caso Eurofood è immediatamente divenuto il *leading case* in relazione all’applicazione del Regolamento n. 1346/2000 ed in generale all’insolvenza transfrontaliera a livello comunitario, sollevando alcune problematiche di difficile soluzione⁶²².

Nel ripercorrere brevemente la vicenda *de qua*, il punto di partenza può essere individuato nell’ammissione all’amministrazione straordinaria *ex legge Marzano* - il 24 dicembre 2003 - della Parmalat, società controllante il gruppo internazionale del quale faceva parte anche la Eurofood, società di diritto irlandese con sede a Dublino.

Conseguentemente, il 27 gennaio 2004, la Bank of America propone istanza alla High Court di Dublino per l’apertura di una procedura di liquidazione coatta (*compulsory winding – up by the Court*) a carico della Eurofood, con conseguente nomina di un curatore provvisorio (*provisional liquidator*) cui la High Court provvede in pari data.

Contestualmente, il 9 febbraio 2004, il Ministro italiano delle attività produttive ammette Eurofood all’amministrazione straordinaria ex art. 3 della *legge Marzano*.

Di risulta, il 20 febbraio 2004, nel riconoscere la propria competenza internazionale, il Tribunale italiano dichiarava lo stato di insolvenza della società⁶²³.

⁶²⁰ Per i commenti alla sentenza v. S. BARIATTI, *Il Regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, 203 ss.; S. L. BUFFORD, *The Eurofood decision of the European Court of Justice*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 2006, 46 ss.

⁶²¹ Per un’ampia descrizione ed analisi del caso Eurofood si rinvia, in particolare, a PERSANO, *Contestuali procedure d’insolvenza in ambito europeo*, in *Fallimento*, 2004, 1243 ss.

⁶²² P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, 2009, 67.

⁶²³ P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, 2004, 10; M. FABIANI, *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all’eccezione: un testo unico per l’amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?*, in *Foro.it*, 2004, I, 1567.

Dal canto suo, invece, la High Court di Dublino il 23 marzo 2004 statuiva che, in base alla legge irlandese, la procedura di insolvenza doveva ritenersi aperta in occasione della nomina del curatore provvisorio (intervenuta il 27 gennaio 2004), e, contestualmente, sottoponeva quindi Eurofood alla procedura di insolvenza irlandese c.d. *compulsory winding – up*.

Tale decisione viene successivamente impugnata dal Commissario della procedura di amministrazione straordinaria italiana e la Corte irlandese investiva conseguentemente della questione la Corte di Giustizia europea: quest'ultima ha chiarito che la presunzione di coincidenza del COMI⁶²⁴ con la sede statutaria può essere superata solo in casi limite, quali, ipotizza la Corte, quelli di una società che non eserciti alcuna attività nella sede statutaria⁶²⁵; la tesi sostenuta dal Commissario veniva così rigettata e di conseguenza la Corte irlandese confermava la propria giurisdizione⁶²⁶.

Precisamente, con la sentenza del 23 marzo 2004 la *High Court* ha confermato la *Provisional Liquidation* disposta il 27 gennaio 2004 sulla scorta del fatto che il COMI di Eurofood fosse ubicato in Irlanda ove una procedura di insolvenza era stata aperta sin dal 27 gennaio 2004⁶²⁷.

Alla luce di quanto sopra, si è rilevato che la situazione di (positivo) conflitto giurisdizionale sia stata determinata dalla situazione di incertezza in ordine (i) al momento in cui una procedura di insolvenza può considerarsi aperta, e (ii) alla precisa individuazione del COMI di Eurofood⁶²⁸.

Con riferimento al primo profilo, a fronte del quesito sottoposto dalla *Supreme Court* irlandese alla Corte di Giustizia Europea, ovvero se la *Provisional Liquidation*, per le sue caratteristiche intrinseche, possa costituire una decisione di apertura di una procedura di insolvenza, la Corte di Giustizia ha risposto affermativamente ritenendo,

⁶²⁴ COMI: acronimo inglese di *centre of main interests*.

⁶²⁵ Sentenza della Corte (grande sezione) del 2 maggio 2006. Eurofood IFSC Ltd. “Quando un debitore è una società controllata la cui sede statutaria è situata in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la sua società madre, la presunzione contenuta nell’art. 3, n. 1, seconda frase, del regolamento n. 1346/2000, secondo la quale il centro degli interessi principali di tale controllata è collocato nello Stato membro in cui si trova la sua sede statutaria, può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte dei terzi consentono di determinare l’esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione nella detta sede statutaria. Ciò potrebbe, in particolare, valere per una società che non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui è collocata la sua sede sociale. Per contro, quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal regolamento”.

⁶²⁶ Sentenza 3 luglio 2006, in [www. Bailii.org/ie/cases/IESC/2006/S41/htm](http://www.Bailii.org/ie/cases/IESC/2006/S41/htm)

⁶²⁷ Sul tema v., *inter alia*, R. GISMONDI, *La nozione di “centro degli interessi principali del debitore” (COMI) nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Eurofood.*, in www.dircomm.it.

⁶²⁸ Così R. GISMONDI, *La nozione di “centro degli interessi principali del debitore”*, *cit.*

quali requisiti necessari, che la decisione sia fondata sull'insolvenza del debitore e preordinata all'apertura di una procedura di cui all'allegato A del Regolamento, comportando lo spossessamento del debitore e la nomina di un curatore – anche provvisorio, come nel caso di specie – ai sensi dell'allegato C del Regolamento⁶²⁹.

Con riguardo al secondo profilo, la Corte di Giustizia ha fornito la definizione di COMI avendo riguardo al tredicesimo considerando del Regolamento, ai sensi del quale per COMI deve intendersi “*il luogo in cui il debitore esercita, in modo abituale e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi*”, ovvero il c.d. “centro decisionale e strategico”⁶³⁰ che si contrappone, concettualmente, al luogo in cui viene esercitata la gestione quotidiana dell'impresa; invero, l'ampiezza della nozione di COMI e le difficoltà connesse alla sua concreta applicazione hanno dato luogo ad un dibattito giurisprudenziale, specie in ipotesi di società controllate facenti parte di un gruppo⁶³¹.

Nel caso di specie, a fronte del quesito sottoposto dalla *Supreme Court* irlandese alla Corte di Giustizia Europea - ovvero se, nell'ipotesi in cui la sede legale di una società controllante e della sua controllata siano situate in due Stati membri diversi, per l'individuazione del COMI debba farsi riferimento al luogo ove è situata la sede legale della controllata, ovvero debba attribuirsi decisivo rilievo alla circostanza che la controllante sia in grado di orientare la gestione di quest'ultima sulla scorta della partecipazione al relativo capitale e del potere di nominarne gli amministratori⁶³² – quest'ultima ha statuito, come sopra accennato, che la presunzione di coincidenza del COMI con il luogo della sede statutaria (di cui all'art. 3 del Regolamento) «può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentano di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione di detta sede statutaria».

Peraltro, la Corte ha precisato che laddove una società svolga la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha la propria sede statutaria non assumerebbe

⁶²⁹ Così R. GISMONDI, La nozione di “centro degli interessi principali del debitore”, *cit.*

⁶³⁰ M. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, 499 ss.

⁶³¹ Sui gruppi in ambito comunitario e la relativa disciplina v. M. MENJUCQ, *Les groupes de sociétés*, in F. JAULTSESEKE, D. ROBINE, *L'effet international de la faillite: une réalité?*, 2004, 163 ss.; H. HIRTE, *Towards a framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies*, in *European Company and Financial Law Review*, 2008, 213 ss.; D. FASQUELLE, *Les faillites des groupes des sociétés dans l'union européenne: la difficile conciliation entre approche économique et juridique*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 1 février 2006, n. 2, 151 ss.; M. MENJUCQ *EC- Regulation n. 1346/2000 on Insolvency proceedings and groups of companies*, in *European Company and Financial Law Review*, 2008, 135 ss.

⁶³² In tal senso R. GISMONDI, La nozione di “centro degli interessi principali del debitore”, *cit.*

alcun rilievo – ai fini del superamento della richiamata presunzione - il fatto che le proprie scelte gestionali possano venir influenzate dalla società madre stabilita in un altro Stato membro.

In tal senso, infatti, la Corte di Giustizia ha osservato «che esiste una specifica competenza giurisdizionale per ciascun debitore costituente un'unità giuridicamente distinta e che quindi per ogni società deve essere aperta una procedura concorsuale separata»⁶³³, così disconoscendo il valore attribuito dalla giurisprudenza nazionale alla circostanza per cui le scelte strategiche e gestionali fossero eventualmente orientate dalla società madre.

Differentemente, il Tribunale di Parma, nella sentenza del 20 febbraio 2004, aveva accertato che il COMI di Eurofood fosse situato in Italia tenendo conto di molteplici circostanze che andavano oltre al rapporto di controllo sussistente nel caso in esame, tra cui alcune fra le seguenti: “(i) l’attività di direzione ed il centro propulsore di Eurofood erano situati in Italia, presso la sede della controllante Parmalat S.p.A.; (ii) gli amministratori di Eurofood erano dei dipendenti italiani del gruppo Parmalat ed operavano dall’Italia, senza mai recarsi, se non in rare occasioni, in Irlanda; (iii) Eurofood non aveva impiegati, né uffici in Irlanda, ma solo un domicilio coincidente con la sede di uno studio legale; (iv) Eurofood costituiva un mero tramite ed articolazione del sistema finanziario di Parmalat, costituita all’estero all’esclusivo fine di agevolare i flussi di denaro all’interno del gruppo Parmalat, in un’ottica di vantaggio fiscale”⁶³⁴.

Tali circostanze, si è sostenuto, avrebbero potuto costituire «elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi» idonei - alla luce del “considerando” 13 del Regolamento e della stessa sentenza della Corte di Giustizia Europea - a determinare il superamento della presunzione di coincidenza del COMI con la sede legale dell’impresa; conseguentemente, si è rilevato che l’individuazione del COMI, per evitare “manovre elusive”, dovrebbe essere piuttosto fondata su fattori sostanziali, e non formali, come del resto confermerebbe l’art. 3 del Regolamento che fornisce solamente un criterio presuntivo, superabile dal dato fattuale⁶³⁵.

⁶³³ Sentenza Eurofood, cit., par. 30.

⁶³⁴ Così R. GISMONDI, La nozione di “centro degli interessi principali del debitore”, cit.,

⁶³⁵ Così R. GISMONDI, La nozione di “centro degli interessi principali del debitore”, cit. V. anche M. CASTELLANETA, *L'utilizzo del centro degli interessi principali del debitore come titolo di giurisdizione secondo il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, in http://www.notariato.it/Notariato/StaticFiles/Studi_e_approfondimenti/4.pdf.

Più di recente la Corte di Giustizia è tornata ad occuparsi dell'annosa questione relativa all'individuazione del COMI a proposito della controversia che ha visto opposti la Interedil Srl in liquidazione al Fallimento Interedil Srl e all'Intesa Gestione Crediti SpA, con riguardo alla dichiarazione di fallimento promossa da Intesa Gestione Crediti SpA nei confronti di Interedil⁶³⁶.

Tralasciando le questioni pregiudiziali (inerenti alla possibilità per il giudice nazionale di primo grado di adire la Corte di Giustizia posto che gli artt. 61, lettera c, e 67, par. 1. del Regolamento attribuiscono tale facoltà soltanto ai giudici le cui decisioni non possano essere più impugnate con gli strumenti di diritto interno⁶³⁷) e soffermandoci sui profili legati all'individuazione del COMI, occorre rilevare che, in contrapposizione con quanto statuito a proposito del caso *Eurofood*, nella sentenza *Interedil* la Corte ha deciso di attribuire rilevanza al luogo dell'amministrazione principale della società piuttosto che al luogo di esercizio dell'*attività*, riconoscibile dai terzi.

Si è rilevato che una tale modifica dell'approccio interpretativo potrebbe rivelarsi sfavorevole per i creditori, non sempre in grado di conoscere l'effettiva localizzazione del centro decisionale⁶³⁸; diversamente, a proposito del "criterio della riconoscibilità" - su cui la Corte non si era pronunciata nel caso *Eurofood* - nella sentenza *Interedil* la Corte di Giustizia sembra tenere in debita considerazione la posizione dei creditori affermando che il requisito della "riconoscibilità" potrebbe ritenersi integrato «qualora gli elementi materiali presi in considerazione per stabilire il luogo in cui la società debitrice gestisce abitualmente i suoi interessi siano stati oggetto di una pubblicità o, quanto meno, siano stati circondati da una trasparenza sufficiente a far sì che i terzi - vale a dire, segnatamente, i creditori della società stessa - ne abbiano potuto avere conoscenza».

5. Crisi ed insolvenza dell'impresa bancaria. Rilievi introduttivi.

⁶³⁶ Per approfondimenti sul caso, v., *inter alia*, N. NISI, *Centro degli interessi principali e trasferimento della sede statutaria: la corte di giustizia dell'unione europea torna sul regolamento n. 1346/2000 in materia di insolvenza transfrontaliera*, in *Liuc Papers* n. 246, *Serie Impresa e Istituzioni*, 29 febbraio 2012.

⁶³⁷ Vedi sul punto M. CONDINANZI, *I giudici italiani "avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" e il rinvio pregiudiziale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, 295 ss.

⁶³⁸ Sul punto, S. BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, *cit.*, 216, sostiene che "lo spostamento della competenza dalla sede statutaria al centro degli interessi principali costituisce fonte di grande incertezza sia per i creditori che per il debitore".

Come in principio accennato, il ruolo ed il coinvolgimento del sistema bancario nella crisi della grande impresa risulta essere estremamente rilevante, tanto che già nella *legge Prodi*, al di là della primaria ottica di “conservazione” e “risanamento” delle grandi imprese in crisi, si annidava una più profonda finalità di tutela, di stampo “preventivo”: “evitare che il dissesto delle grandi industrie provocasse una crisi delle grandi banche”⁶³⁹.

A maggior ragione, gli effetti della crisi possono essere ancor più significativi laddove essa riguardi direttamente l’impresa bancaria; infatti, abbiamo già osservato che gli interessi “pubblici” tradizionalmente connessi alla crisi della grande impresa, considerati “preminenti” dalla Corte Costituzionale⁶⁴⁰, sono ancor più sentiti nell’ipotesi in cui la crisi riguardi un’impresa bancaria, e possa quindi minare la stabilità del relativo sistema (o, come nella recente crisi finanziaria potenzialmente produrre un effetto “sistemico”⁶⁴¹ alla cui prevenzione e contenimento sono stati orientati gli interventi della Commissione Europea⁶⁴²).

⁶³⁹ In tal senso M. VALIGNANI, *La crisi della grande impresa: l’evoluzione dell’amministrazione straordinaria*, in *Impresa*, 2005, 1742 e ss.: “Occorreva anche evitare un altro e forse ancor più grave pericolo, che pochi allora e in seguito hanno percepito: che il dissesto delle grandi industrie provocasse una crisi delle grandi banche. Queste erano esposte per crediti ingentissimi: se ne fosse emersa subito la quasi totale irrecuperabilità, la stabilità di qualcuna di queste banche sarebbe stata compromessa. La circostanza che le imprese debitorie, in base alla nuova procedura, continuassero l’attività in una prospettiva di possibile risanamento fornì per alcuni anni alla Banca d’Italia il pretesto per consentire di mantenere in bonis le relative esposizioni e, alle banche, la possibilità di evidenziare in bilancio e di assorbire le inevitabili perdite nell’arco di alcuni esercizi”.

⁶⁴⁰ Cfr., per tutte, Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, edita in più riviste, fra cui in *Fallimento*, 2011, n. 2, 153 ss., con nota di FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l’utilità sociale del salvataggio*; in *Giur. cost.*, 2010, n. 4, 3296 ss., con nota di LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*; in *Riv. dir. comm.*, 2011, n. 2, 217 ss., con nota di SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*; in *Foro it.*, 2010, n. 11, 2913 ss., con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *L’incompiuta ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*.

⁶⁴¹ Sul punto v. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2010, n. 3, 379 ss. e spec. 382 ove osserva che “il settore finanziario e in specie quello degli intermediari finanziari, è dalla Commissione considerato strategico, poiché è volto ad alimentare i flussi delle risorse che affluiscono a tutti i settori dell’economia. La crisi finanziaria mondiale, se per un verso presenta “problemi specifici” legati al mercato creditizio dei mutui ipotecari e alle perdite dovute strategie eccessivamente rischiose adottate dalle banche, per altro verso solleva “problemi sistemici” collegati all’inacidimento del prestito interbancario, alla crisi di liquidità, al rischio di propagazione all’economia reale e insomma alla “erosione generale della fiducia” nel sistema bancario e finanziario nel suo complesso, problemi che esigono allora interventi pubblici per ripristinare stabilità e corretto funzionamento di quel settore quale nodo essenziale delle economie nazionali e dell’economia mondiale”.

⁶⁴² Attraverso i quali è stata autorizzata la concessione di aiuti di Stato in base alla clausola dell’(ex)art. 87, par. 3, lett. b) del Trattato CE, in quanto “destinati [...] a porre rimedio a un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro”. Cfr. a tal proposito le Comunicazioni della Commissione Europea, inerenti il *sistema finanziario*, del 13 ottobre 2008 (Comunicazione CE n. 2008/C 270/02 – “L’applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria mondiale”); del 5 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 10/03 – “La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della

Invero, accanto a fenomeni di crisi che potremmo definire “fisiologica”, la quale interessa solo alcune imprese (e che viene gestita con gli appositi strumenti di diritto speciale, improntati alla garanzia dei risparmiatori), non può essere escluso – come noto - l’intervento di fenomeni di crisi c.d. “sistemica”, generata da fattori endogeni, legati alla gestione dell’impresa, e/o esogeni, originati da fluttuazioni negative ed imprevedibili del mercato⁶⁴³: posto che - differentemente (o in misura diversa) da un’impresa commerciale di diritto comune - nel settore bancario (e nei mercati finanziari in generale), come noto, la “fiducia” di risparmiatori ed investitori assume un ruolo determinante per il “successo” e la stabilità dell’attività di impresa, già la sola crisi di liquidità (piuttosto che l’insolvenza) potrebbe alterare il predetto rapporto fiduciario fra la banca ed il mercato e condurre più facilmente (e rapidamente) alla crisi, anche sistemica⁶⁴⁴.

Allo scopo quindi di evitare i fenomeni degenerativi di cui sopra, si ritiene essere di fondamentale importanza, in primo luogo, l’azione preventiva di vigilanza e monitoraggio sui possibili fattori della crisi, azione in primo luogo di appannaggio degli organi di amministrazione e controllo della banca che per il relativo ruolo sono competenti a conoscere (in anticipo) gli elementi sintomatici e la portata della crisi eventualmente destinata ad emergere⁶⁴⁵.

In secondo luogo (ma in una prospettiva di stretta correlazione), viene comunemente considerata altrettanto significativa l’attività svolta dall’Autorità di vigilanza sul settore bancario (analogamente a quella esercitata dalla Consob sul mercato finanziario) che dispone di penetranti poteri ispettivi ed informativi, da

concorrenza”); del 25 febbraio 2009 (Comunicazione CE n. 2009/C 72/01 – “concernente il trattamento degli attivi svalutati nel settore bancario della Comunità”); del 19 agosto 2009 (Comunicazione CE n. 2009/C 195/04 - sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell’attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato). Con più generale riguardo all’economia reale, cfr. invece la Comunicazione della Commissione Europea del 17 dicembre 2008 (Comunicazione CE n. 2009/C 16/01 – “Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”), parzialmente modificata ed integrata dalla Comunicazione della Commissione Europea del 25 febbraio 2009 (che “modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica”): il testo consolidato delle due Comunicazioni è pubblicato in *GUCE* del 7 aprile 2009, C 83/1.

⁶⁴³ V. G. BOCCUZZI, *La crisi dell’impresa bancaria*, Milano, 1998, 35 ss.

⁶⁴⁴ Sul tema v., *inter alia*, R. MASERA, *The Great Financial Crisis. Economics, Regulation and Risk*, Bancaria Editrice, 2009.

⁶⁴⁵ G. BOCCUZZI - R. CERCONE, *Tutela dei creditori e riallocazione dell’impresa nella normativa fallimentare*, *Banca d’Italia*, in *Temi di discussione* n. 204, luglio 2003; G. BOCCUZZI, *Quaderni di ricerca giuridica*, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*, n. 71, ottobre 2011, 16.

esercitare con cadenza periodica nonché in forza delle segnalazioni eventualmente ricevute dagli organi interni della banca.

Invero, tenuto conto della portata potenzialmente “sistemica” della crisi bancaria si ritiene di fondamentale importanza che la tutela dell’Autorità di Vigilanza sia garantita in via preventiva, diversamente da quanto accade per le imprese commerciali, esercitando i propri poteri di intervento già in presenza di irregolarità che pur non diano luogo ad una situazione di insolvenza⁶⁴⁶.

Le procedure di gestione della crisi delle banche e dei gruppi bancari – differenti a seconda del grado di criticità e potenziale risanabilità della situazione aziendale e in particolare della gravità delle irregolarità ed eventuali violazioni normative e/o amministrative - sono disciplinate dal Titolo IV, Capi I e II, del d. lgs. n. 385/1993 (TUB) e successive modificazioni⁶⁴⁷.

5.1. (Segue). L’amministrazione straordinaria nella crisi dell’impresa e del gruppo bancario.

L’amministrazione straordinaria delle banche è disciplinata dagli artt. da 70 a 78 del TUB: essa si contraddistingue per la diversità di presupposti ed effetti rispetto all’amministrazione straordinaria delle grandi imprese di diritto comune, al punto che ne risulta dibattuta la natura privatistica o concorsuale in ragione della sua connotazione pubblicistica⁶⁴⁸ che deriva, a monte, dal rilievo costituzionale dell’attività bancaria, svolta “in funzione di tutela del pubblico risparmio”⁶⁴⁹; invero, come si è osservato in dottrina, “essa costituisce la procedura attraverso la quale le autorità creditizie (Banca d’Italia e Ministro dell’Economia e delle Finanze), nei casi previsti dalla legge, intervengono per sostituire gli organi di amministrazione e di controllo della banca e

⁶⁴⁶ V. sul punto, *inter alia*, S. ZORZOLI, *Le soluzioni esogene alle crisi bancarie*, in AA.VV. (a cura di RUOZI), *Le crisi bancarie*, Milano, 1995, 192 ss; A. M. TARANTOLA RONCHI, *La vigilanza sulle banche e sui gruppi bancari*, Bologna, 1996, 289.

⁶⁴⁷ Sul tema v., *inter alia*, A. PATRONI GRIFFI, *La «nuova» disciplina della crisi delle banche: una prima visione d’insieme*, in G. BOCCUZZI, *La crisi dell’impresa bancaria*, Milano, 1998, 35 ss.; S. CATALDO, *La gestione delle crisi bancarie: aspetti teorici e rilievo internazionale*, Roma, 1997, 63.

⁶⁴⁸ Esclude la natura concorsuale G. MOLLE – L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e di intermediazione finanziaria*, 2005, 46.

⁶⁴⁹ In tal senso A. M. CAROZZI, *Strumenti e procedure di risoluzione delle crisi bancarie*, in http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/banca/Carozzi_crisi.pdf; v. altresì S. FORTUNATO, *La liquidazione coatta delle banche dopo il testo unico: lineamenti generali e finalità*, in AA.VV. *La nuova disciplina dell’impresa bancario*, Vol. III, *La gestione delle crisi bancarie*, a cura di MORERA e NUZZO, Milano, 1996, 31 ss.

affidare la gestione a soggetti indipendenti rispetto alle pregresse vicende dell'impresa, allo scopo di ristabilire condizioni di sana e prudente gestione e di pervenire, se possibile, alla sua riorganizzazione in vista del perseguimento degli interessi generali connessi all'attività bancaria»⁶⁵⁰.

Ai sensi dell'art. 70, comma 1, del TUB «il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia, può disporre con decreto lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo delle banche quando:

- a) risultino gravi irregolarità nell'amministrazione⁶⁵¹, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività della banca;
- b) siano previste gravi perdite del patrimonio;
- c) lo scioglimento sia richiesto con istanza motivata dagli organi amministrativi ovvero dall'assemblea straordinaria».

La procedura deve concludersi entro un anno dall'emanazione del decreto di cui sopra (art. 70, co. 5), salvo proroghe approvate dalla Banca d'Italia.

Ai sensi dell'art. 71 TUB, in sostituzione degli organi di amministrazione e controllo della banca, vengono nominati dalla Banca d'Italia a) «uno o più commissari straordinari» e b) «un comitato di sorveglianza, composto da tre o cinque membri, che nomina a maggioranza di voti il proprio presidente».

Mentre «i commissari esercitano le funzioni ed i poteri di amministrazione della banca», «provvedono ad accertare la situazione aziendale, a rimuovere le irregolarità ed a promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti» (art. 72, co. 1), il comitato di sorveglianza «esercita le funzioni di controllo e fornisce pareri ai commissari nei casi previsti» dal TUB e/o dalla Banca d'Italia (art. 72, co. 2), la quale può altresì, «con istruzioni impartite ai commissari e ai membri del comitato di sorveglianza», «stabilire speciali cautele e limitazioni nella gestione della banca», rimanendo le violazioni delle prescrizioni della banca esclusivamente imputabili agli organi straordinari della procedura (art. 72, co. 4).

⁶⁵⁰ Così BOCCUZZI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da GHIA-PICCININI-SEVERINI, Torino, 2011, vol. V, 865; sul tema v. anche, nel previgente sistema, NIGRO, *Crisi e risanamento delle imprese: il modello dell'amministrazione straordinaria delle banche*, Milano, 1985; successivamente, BOCCUZZI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Trattato* diretto da RAGUSA MAGGIORE-COSTA, Torino, 2001, 1160 ss.

⁶⁵¹ Sul tema v., *inter alia*, G. CAVALLI, *Appunti sulle norme di coordinamento in materia di disciplina delle crisi bancarie*, in *Diritto bancario*, n. 2, 2004, 68; A. COLAVOLPE, *La disciplina della crisi delle banche e del gruppo bancario: le modifiche apportate al testo unico bancario dal d. lgs. 6 febbraio 2004 n. 37*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, gennaio-febbraio 2006, 139 ss.; S. FORTUNATO, *I "fallimenti" nel sistema dei controlli sui mercati finanziari (a margine del d.d.l. sulla tutela del risparmio)* in www.cisl.it/SitoCisl-democrazia.nsf/0/96a3a74e-e0a398cdc1256f4800347a91/.

Per quanto concerne la chiusura della procedura, l'art. 75 dispone che «i commissari straordinari e il comitato di sorveglianza, al termine delle loro funzioni, redigono separati rapporti sull'attività svolta e li trasmettono alla Banca d'Italia. [...]. La chiusura dell'esercizio in corso all'inizio dell'amministrazione straordinaria è protratta a ogni effetto di legge fino al termine della procedura. I commissari redigono il bilancio che viene presentato per l'approvazione alla Banca d'Italia entro quattro mesi dalla chiusura dell'amministrazione straordinaria e pubblicato nei modi di legge».

Alla disciplina dell'insolvenza del gruppo bancario sono dedicate alcune specifiche disposizioni, in particolare l'art. 100 del TUB, sull'amministrazione straordinaria delle società controllate ed il successivo art. 101 per quanto concerne la liquidazione coatta amministrativa⁶⁵².

In virtù della necessità di coordinare le diverse procedure eventualmente aperte nell'ambito del gruppo e della *vis attractiva*⁶⁵³ generata dalla procedura applicata alla capogruppo, il legislatore ha previsto che, in presenza dei presupposti di cui agli artt. 100-101 TUB, le società del gruppo sono sottoposte alla medesima procedura applicata per la capogruppo.

Alla luce dell'analisi della disciplina normativa di riferimento, pare quindi evidente – come è stato condivisibilmente rilevato – che mentre l'amministrazione straordinaria delle banche si caratterizza per lo scopo – ad essa proprio – di risanamento dell'impresa bancaria, in una prospettiva di prosecuzione della stessa attraverso la necessaria sostituzione degli organi preposti alla gestione dell'impresa⁶⁵⁴, la liquidazione coatta amministrativa, diversamente, interviene in ipotesi di crisi irreversibili, con lo scopo di eliminare le irregolarità gestionali ed espellere l'impresa dal mercato.

Alla luce della disciplina speciale di riferimento, e prima ancora delle già descritte peculiarità della crisi dell'impresa bancaria, occorre escludere la sovrapposizione o integrazione della disciplina di diritto comune dell'amministrazione straordinaria con quella “speciale” delineata dal Testo Unico Bancario.

Tale risultanza – si è rilevato – è confermata già dall'art. 81, co. 1, del d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che circoscrive l'estensione dell'amministrazione straordinaria alle (sole) altre imprese del gruppo che siano soggette alle disposizioni sul fallimento,

⁶⁵² Sul tema v. F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo II, Padova, 2001, 802-803.

⁶⁵³ S. FORTUNATO, *La liquidazione coatta amministrativa delle società del gruppo bancario*, in *La crisi del gruppo bancario*, a cura di G. BAVETTA, 1997, 119.

⁶⁵⁴ S. BONFATTI – G. FALCONE, *L'amministrazione straordinaria*, cit.

escludendo così il coinvolgimento di imprese bancarie, potenziali finanziatrici dell'impresa insolvente⁶⁵⁵.

5.2. (Segue). La gestione della crisi delle banche operanti in ambito comunitario.

La crisi delle banche operanti in ambito comunitario è specificamente disciplinata dal TUB agli artt. 95 *bis* e ss.⁶⁵⁶, introdotti dal d. lgs. 9 luglio 2004, n. 197, attuativo della Direttiva CE n. 24/2001 in materia di risanamento e liquidazione delle banche.

L'art. 95 *bis*, co. 1, dispone, in primo luogo, il principio di automatico riconoscimento delle procedure di risanamento e liquidazione statuendo che «i provvedimenti e le procedure di risanamento e liquidazione di banche comunitarie sono disciplinati e producono i loro effetti, senza ulteriori formalità, nell'ordinamento italiano secondo la normativa dello Stato d'origine [*i.e.* lo Stato in cui la banca ha la propria sede principale]».

Tuttavia, secondo l'art. 79 TUB, «in caso di violazione da parte di banche comunitarie delle disposizioni relative alle succursali o alla prestazione di servizi nel territorio della Repubblica, la Banca d'Italia può ordinare alla banca di porre termine a tali irregolarità, dandone comunicazione all'autorità competente dello Stato membro in cui la banca ha sede legale per i provvedimenti eventualmente necessari». Altresì, «quando manchino o risultino inadeguati i provvedimenti dell'autorità competente, quando le irregolarità commesse possano pregiudicare interessi generali ovvero nei casi di urgenza per la tutela delle ragioni dei depositanti, dei risparmiatori e degli altri soggetti ai quali sono prestati i servizi, la Banca d'Italia adotta le misure necessarie,

⁶⁵⁵ G. SANTONI, *L'amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, in *Diritto e Giurisprudenza*, fasc. 1-4, 1999, 115 ss. Sul tema v. anche E. HUPKES, *Insolvency - why a special regime for banks*, in *Current Developments in monetary and financial law*, Vol. 3, IMF, 2003; G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*, Milano, 1998; S. BONFATTI, *La disciplina della responsabilità "nei casi di direzione unitaria" nella nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese commerciali insolventi*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, gennaio-febbraio 2001, 190 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Prime note sulla nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, luglio-agosto, 1999, 653; F. VOLPE, *Seminario integrativo di diritto bancario. La posizione dei soci nel governo della società per azioni bancaria in crisi*, in www.unipv.it/laposizionedeisoci.pdf. Da ultimo v. altresì BOCCUZZI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da GHIA-PICCININNI-SEVERINI, Torino, 2011, vol. V, 860.

⁶⁵⁶ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modifiche ed integrazioni, "Testo Unico delle leggi in materia bancaria creditizia".

comprese l'imposizione del divieto di intraprendere nuove operazioni e la chiusura della succursale».

Parimenti, ai sensi del co. 2 dell'art. 95, «i provvedimenti e le procedure di amministrazione straordinaria, di gestione provvisoria e di liquidazione coatta amministrativa di banche italiane si applicano e producono i loro effetti negli altri Stati comunitari e, sulla base di accordi internazionali, anche in altri Stati esteri».

In deroga al principio «di unità e universalità delle procedure in ambito comunitario»⁶⁵⁷, di cui all'art. 95 *bis*, il primo comma dell'art. 95 *ter* prevede che «gli effetti di un provvedimento di risanamento o dell'apertura di una procedura di liquidazione: *a)* su contratti e rapporti di lavoro, sono disciplinati dalla legge dello Stato comunitario applicabile al contratto di lavoro; *b)* su contratti che danno diritto al godimento di un bene immobile o al suo acquisto, sono disciplinati dalla legge dello Stato comunitario nel cui territorio è situato l'immobile. Tale legge determina se un bene sia mobile o immobile; *c)* sui diritti relativi a un bene immobile, a una nave o a un aeromobile soggetti a iscrizione in un pubblico registro, sono disciplinati dalla legge dello Stato comunitario sotto la cui autorità si tiene il registro; *d)* sull'esercizio dei diritti di proprietà o altri diritti su strumenti finanziari la cui esistenza o il cui trasferimento presuppongano l'iscrizione in un registro, in un conto o in un sistema di deposito accentrato, sono disciplinati dalla legislazione dello Stato comunitario in cui si trova il registro, il conto o il sistema di deposito accentrato in cui sono iscritti tali diritti».

Ulteriori deroghe sono previste al terzo comma dell'art. 95 *ter* e, prima ancora, al quarto comma dell'art. 95 *bis*⁶⁵⁸.

L'art. 95 *quater* disciplina invece la collaborazione fra le autorità di vigilanza degli Stati UE. Esso dispone che «la Banca d'Italia informa le autorità di vigilanza degli Stati comunitari ospitanti dell'apertura delle procedure di amministrazione straordinaria, di gestione provvisoria e di liquidazione coatta amministrativa, nei confronti di banche italiane, precisando gli effetti concreti che tali procedure potrebbero avere. L'informazione è data, con ogni mezzo, possibilmente prima dell'apertura della procedura ovvero subito dopo.

⁶⁵⁷ BOCCUZZI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da GHIA-PICCININNI-SEVERINI, Torino, 2011, vol. V, 861.

⁶⁵⁸ Sul punto, *amplius*, BOCCUZZI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da GHIA-PICCININNI-SEVERINI, Torino, 2011, vol. V, 862 ss.

La Banca d'Italia, qualora ritenga necessaria l'applicazione in Italia di una procedura di risanamento nei confronti di una banca comunitaria, ne fa richiesta all'autorità di vigilanza dello Stato d'origine».

Infine, l'art. 95 *quiquies* delinea il regime pubblicitario dei provvedimenti rilevanti statuendo che «i provvedimenti di amministrazione straordinaria, di gestione provvisoria e di liquidazione coatta amministrativa adottati nei confronti di una banca italiana che abbia succursali o presti servizi in altri Stati comunitari sono pubblicati per estratto anche nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee e in due quotidiani a diffusione nazionale di ciascuno Stato ospitante».

5.3. (Segue). Gli orientamenti internazionali e comunitari sulla gestione della crisi bancaria. L'istituzione della European Banking Authority (EBA).

La crisi economico-finanziaria globale iniziata nel 2008 e le cui radici – secondo la gran parte degli economisti – sono da rinvenire proprio nel settore finanziario, ha, fra l'altro, fornito evidenza delle inefficienze del sistema di vigilanza bancaria in ambito comunitario e generato un dibattito sull'individuazione di nuove soluzioni di gestione e risoluzione della crisi bancaria.

Numerose le soluzioni allo studio, come l'*haircut* dei debiti non garantiti dalla banca insolvente, con relativa conversione dell'importo in capitale, oppure la costituzione di una c.d. *bridge bank*, partecipata dallo Stato, nella quale far confluire temporaneamente il patrimonio della banca in crisi, o ancora la – più classica – separazione delle attività (nella c.d. *good bank*) dalle passività destinate alla c.d. *bad bank*: a supporto di tali soluzioni potrebbero operare dei *bank resolution funds*, costituiti proprio con l'apporto delle banche (diversi dai fondi di garanzia che sono invece posti a tutela dei risparmiatori)⁶⁵⁹.

Si è rilevato in dottrina che, anche alla luce di tali misure, sembrerebbe confermata la tendenza verso il modello amministrativo (piuttosto che giudiziario) delle procedure di gestione della crisi, che ne esce rafforzato così come il ruolo delle autorità

⁶⁵⁹ Sul punto, *amplius*, BOCCUZZI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da GHIA-PICCININNI-SEVERINI, Torino, 2011, vol. V, 947 ss. e, nella letteratura internazionale, *inter alia*, TUCKER, *Resolution of large and complex financial institution – the big issue*, European Commission Conference, *Building a Crisis Management Framework for the Internal Market*, 2010. V. anche EUROPEAN COMMISSION, *Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution*, Dg Internal Market, Working Document, 2010, 89.

di vigilanza che potranno presumibilmente essere dotate di maggiore discrezionalità nell'esercizio dei propri poteri in relazione alla gestione e risoluzione delle crisi⁶⁶⁰.

Fra le iniziative adottata nel contesto della crisi internazionale si segnala l'istituzione, con il Regolamento 1093/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, della Autorità di vigilanza europea, precisamente la Autorità Bancaria Europea (*European Banking Authority*).

Nel primo considerando del richiamato Regolamento si precisa che «la crisi finanziaria del 2007 e del 2008 ha evidenziato una serie di lacune nella vigilanza finanziaria, sia in casi specifici sia in relazione al sistema finanziario nel suo complesso. I modelli di vigilanza nazionali non sono riusciti a stare al passo con la globalizzazione finanziaria e la realtà integrata e interconnessa dei mercati finanziari europei, nei quali numerosi istituti finanziari operano a livello transnazionale. La crisi ha evidenziato gravi lacune in materia di cooperazione, coordinamento, applicazione uniforme del diritto dell'Unione e fiducia tra le autorità nazionali di vigilanza».

Conseguentemente, nel nono e nel decimo considerando del Regolamento si rileva: «occorre che il SEVIF [il nuovo Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria] sia costituito da una rete integrata di autorità di vigilanza nazionali e dell'Unione, in cui la vigilanza corrente continui a essere esercitata a livello nazionale. Occorre anche armonizzare maggiormente le norme che disciplinano gli istituti e i mercati finanziari nell'Unione e garantirne l'applicazione uniforme. Oltre all'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea) (in prosieguo: l'«Autorità»), occorre istituire un'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali) e un'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), nonché un comitato congiunto delle autorità europee di vigilanza (in prosieguo: il «comitato congiunto»). Dovrebbe far parte del SEVIF un Comitato europeo per il rischio sistemico (in prosieguo: il «CERS»⁶⁶¹) ai fini dei compiti specificati nel presente regolamento e nel regolamento (UE) n. 1092/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio»; «Occorre che le autorità europee di vigilanza (in prosieguo, collettivamente: le «AEV») sostituiscano il comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria, istituito con decisione 2009/78/CE della Commissione, il comitato

⁶⁶⁰ In tal senso BOCCUZZI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da GHIA-PICCININNI-SEVERINI, Torino, 2011, vol. V, 956.

⁶⁶¹ Il rischio sistemico viene definito nel Regolamento come: «un rischio di perturbazione del sistema finanziario che può avere gravi conseguenze negative per il mercato interno e l'economia reale. Tutti i tipi intermediari, mercati e infrastrutture sono potenzialmente importanti in certa misura per il sistema».

delle autorità europee di vigilanza delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali, istituito con decisione 2009/79/CE della Commissione, e il comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari, istituito con decisione 2009/77/CE della Commissione, e assumano tutti i compiti e tutte le competenze di questi comitati, incluso il proseguimento dei lavori e dei progetti in corso, se del caso. Occorre definire chiaramente il campo di azione di ogni autorità europea di vigilanza. Le AEV dovrebbero rispondere al Parlamento europeo e al Consiglio. Laddove tale responsabilità riguardi questioni intersettoriali che sono state coordinate mediante il comitato congiunto, le AEV dovrebbero essere responsabili, tramite il comitato congiunto, di tale coordinamento.

Altresì nell'undicesimo considerando si precisa: «occorre che l'Autorità operi per migliorare il funzionamento del mercato interno, in particolare assicurando un livello di regolamentazione e di vigilanza elevato, efficace e uniforme, tenuto conto degli interessi diversi di tutti gli Stati membri e della natura diversa degli istituti finanziari. L'Autorità dovrebbe tutelare i valori di pubblico interesse quali la stabilità del sistema finanziario, la trasparenza dei mercati e dei prodotti finanziari e la tutela dei depositanti e degli investitori. L'Autorità dovrebbe altresì prevenire l'arbitraggio regolamentare e garantire condizioni di parità, nonché rafforzare il coordinamento internazionale della vigilanza, nell'interesse dell'economia nel suo complesso, compresi gli istituti finanziari e le altre parti interessate, i consumatori e i dipendenti. Tra i suoi compiti dovrebbe esservi anche quello di promuovere la convergenza in materia di vigilanza e fornire consulenza alle istituzioni dell'Unione nei settori della regolamentazione e della vigilanza dell'attività bancaria, dei pagamenti e della moneta elettronica e nelle materie ad esso connesse della governance, della revisione contabile e dell'informativa finanziaria. Occorre altresì che all'Autorità siano affidate talune responsabilità per le attività finanziarie esistenti e nuove».

Alla luce dei richiamati considerando, l'art. 1 del Regolamento 1093/2010 istituisce dunque l'EBA, mentre l'art. 2 precisa che essa fa parte del Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), unitamente ad altre istituzioni.

L'art. 1 precisa quindi che «l'Autorità opera nel quadro dei poteri conferiti dal presente regolamento e nell'ambito di applicazione delle direttive 2006/48/CE, 2006/49/CE e 2002/87/CE, del regolamento (CE) n. 1781/2006, della direttiva 94/19/CE e delle parti pertinenti delle direttive 2005/60/CE, 2002/65/CE, 2007/64/CE e 2009/110/CE nella misura in cui tali atti si applicano agli enti creditizi e agli istituti

finanziari e alle relative autorità di vigilanza competenti, nonché delle direttive, dei regolamenti e delle decisioni basati sui predetti atti e di ogni altro atto giuridicamente vincolante dell'Unione che attribuisca compiti all'Autorità. L'Autorità opera altresì nel settore di attività degli enti creditizi, dei conglomerati finanziari, delle imprese di investimento, degli istituti di pagamento e degli istituti di moneta elettronica, in relazione a questioni non direttamente contemplate negli atti di cui al paragrafo 2, incluse le questioni relative alla governance, alla revisione contabile e all'informativa finanziaria, purché tali azioni dell'Autorità siano necessarie per assicurare l'applicazione effettiva e coerente di tali atti. [...] L'obiettivo dell'Autorità è proteggere l'interesse pubblico contribuendo alla stabilità e all'efficacia a breve, medio e lungo termine del sistema finanziario, a beneficio dell'economia dell'Unione, dei suoi cittadini e delle sue imprese. L'Autorità contribuisce a: a) migliorare il funzionamento del mercato interno, con particolare riguardo a un livello di regolamentazione e di vigilanza valido, efficace e uniforme; b) garantire l'integrità, la trasparenza, l'efficienza e il regolare funzionamento dei mercati finanziari; c) rafforzare il coordinamento internazionale in materia di vigilanza; d) impedire l'arbitraggio regolamentare e promuovere pari condizioni di concorrenza; e) assicurare che il rischio di credito e altri rischi siano adeguatamente regolamentati e oggetto di opportuna vigilanza, e f) aumentare la protezione dei consumatori. A tali fini, l'Autorità contribuisce ad assicurare l'applicazione uniforme, efficiente ed efficace degli atti di cui al paragrafo 2, favorisce la convergenza in materia di vigilanza, fornisce pareri al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione ed effettua analisi economiche dei mercati per promuovere il raggiungimento degli obiettivi dell'Autorità. Nell'esecuzione dei compiti conferitile dal presente regolamento, l'Autorità presta una speciale attenzione a qualsiasi rischio sistemico posto dagli istituti finanziari il cui fallimento è suscettibile di pregiudicare il funzionamento del sistema finanziario o dell'economia reale. Nello svolgimento dei suoi compiti, l'Autorità agisce in maniera indipendente e obiettiva nell'interesse esclusivo dell'Unione».

CAPITOLO V

«Tutela della concorrenza» ed amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi nell'ordinamento costituzionale e “comunitario”

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Gli interessi pubblici (prevalenti) legati all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e la «tutela della concorrenza» nell'ordinamento costituzionale italiano. Il caso Alitalia. – 2.1. (Segue). Il “piano di ristrutturazione industriale” notificato il 15 ottobre 2004. – 2.2. (Segue). Il “prestito ponte” e la cessione a CAI di alcuni beni della compagnia di bandiera italiana. – 2.3. (Segue). La rispondenza a «preminenti interessi generali» delle concentrazioni previste nel programma di risanamento delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali e la pronuncia della Corte Costituzionale n. 270/2010. – 2.3.1. (Segue). La questione di legittimità costituzionale e la posizione dei rimettenti. – 2.3.2. (Segue). La decisione della Consulta. L'iter argomentativo. – 2.3.2.1. (Segue) L'art. 4, comma 4-*quiquies*, d.l. 347/2003 come “norma-provvedimento”. – 2.3.2.2. (Segue) La presunta violazione degli artt. 3 e 41 Cost. La libertà di concorrenza quale manifestazione della libertà di iniziativa economica privata e le clausole generali di “utilità sociale” e “fini sociali”. – 2.3.2.3. (Segue) I preminenti interessi generali tutelati dall'art. 4, comma 4-*quiquies*, d.l. n. 347/2003. Riconducibilità alle clausole generali dell' “utilità sociale” e dei “fini sociali”. – 2.3.2.4. (Segue) Il test di proporzionalità della misura. Ragionevolezza della norma. – 2.4. (Segue). Noterelle a margine della pronuncia della Corte Costituzionale n. 270/2010. – 3. Compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato. Piano d'indagine. – 3.1. (Segue). L'istituzione della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. La c.d. “*legge Prodi*” e le relative censure mosse dalle istituzioni comunitarie. La posizione della Commissione europea. – 3.2. (Segue). Le sentenze della Corte di Giustizia nei casi *Ecotrade* e *Piaggio*. Incompatibilità (solo) parziale della *legge Prodi* con il mercato comune. – 3.3. (Segue). La decisione della Commissione europea del 16 maggio 2000 *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*. Ulteriore conferma della incompatibilità (solo) parziale della *legge Prodi* con il mercato comune. Necessaria distinzione fra *misure generali* e *misure selettive*. – 3.4. (Segue). Ulteriori argomenti a sostegno della incompatibilità (solo) parziale della *legge Prodi* con il mercato comune. Necessaria incidenza delle misure sul bilancio statale ai fini della dichiarazione di incompatibilità. 3.5. (Segue). Pacifica compatibilità del D. Lgs. n. 270/99, c.d. *Prodi bis*, con il mercato comune. Prime considerazioni a proposito della compatibilità della c.d. *legge Marzano*. – 3.6. (Segue). La disciplina dell'azione revocatoria nella c.d. *legge Marzano*. La sentenza della Corte Costituzionale del 21 aprile 2006, n. 172 e le conferme in ordine alla compatibilità sul piano “interno” e “comunitario”. – 4. Qualche riflessione di ordine sistematico sulla compatibilità “comunitaria” della procedura di amministrazione straordinaria di cui alla *legge Marzano*. Considerazioni preliminari sulla “variante Alitalia”. – 4.1. (Segue). Valutazioni sulla natura «selettiva» della procedura di amministrazione straordinaria *ex legge Marzano*. Orientamenti dottrinali e brevi note critiche. – 4.2. (Segue). Programma di «ristrutturazione economico-finanziaria» dell'impresa. Ruolo ed interesse dei creditori e rapporti con la disciplina *antitrust*. – 4.3. (Segue). Analisi di alcune misure (solo) potenzialmente incompatibili. La continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa. La moratoria sui debiti ed il divieto di azioni esecutive. – 4.4. (Segue). La disciplina della revocatoria fallimentare nella *legge Marzano*. Conferme sulla compatibilità anche sotto il profilo “comunitario”. Brevi note sui contratti pendenti. – 5. Sulla compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria introdotta dal d.l. n. 134/2008 (caso Alitalia) con specifico riferimento al comma 4-*quiquies* cit. Considerazioni preliminari. Valorizzazione della *dimensione sociale* dell'UE e “prevalenza” sulla concorrenza. La crisi come “strumento” di (ri)valorizzazione dei *fini sociali*. – 6. (Segue). Esito positivo dell'indagine di compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria introdotta dal d.l. n. 134/2008 (caso Alitalia), con specifico riferimento al comma 4-*quiquies* cit. Insussistenza di un onere supplementare a carico dello Stato. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

Dopo aver esaminato, nei precedenti capitoli, rispettivamente (i) l'evoluzione della «tutela della concorrenza» nell'ordinamento costituzionale italiano e nell'ordinamento “comunitario”, dando atto del *rafforzamento della dimensione sociale europea a scapito*

della concorrenza, e della progressiva “osmosi reciproca fra i due sistemi, con l’emergere di un assetto costituzionale convergente, ispirato ai dettami di un’economia sociale di mercato”⁶⁶² (secondo il linguaggio recepito a Lisbona), che contempera valori di mercato e fini sociali”⁶⁶³; (ii) la disciplina degli aiuti di Stato nell’Unione europea, tenendo conto delle recenti deroghe autorizzate nel contesto delle crisi finanziaria e dell’economia reale globale e del fatto che esse si innestano in una dimensione dell’ordinamento “comunitario” degli aiuti di Stato in cui “l’interesse comunitario non si identifica più in modo esclusivo con il mercato e la concorrenza ma si estende alle finalità sociali ormai stabilmente recepite nel diritto dell’Unione”⁶⁶⁴; (iii) l’evoluzione della normativa italiana regolante la procedura di amministrazione delle grandi imprese in crisi, spesso caratterizzata da interventi *ad hoc* (e per ciò disomogenea) ma ispirata, al contempo, dall’obiettivo di soddisfare gli interessi pubblici connaturati alla crisi di tali grandi imprese, ancor più sentiti nell’ipotesi in cui la crisi riguardi un’impresa bancaria, e possa quindi minare la stabilità del relativo sistema (o, come nella recente crisi finanziaria potenzialmente produrre un effetto “sistemico”⁶⁶⁵) oppure, come nel caso Alitalia (che ci apprestiamo ad esaminare), un’impresa operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali; giungiamo ora, nel capitolo conclusivo del presente lavoro, a formulare alcune considerazioni sugli esiti della nostra indagine, e quindi sulla tenuta della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, e dei relativi «preminenti interessi generali», costituzionalmente garantiti, di fronte alle istanze di «tutela della concorrenza» che vengono ad emergenza tanto sul piano

⁶⁶² Su cui v., per tutti, MICCÙ, *L’economia sociale di mercato come nuovo “principio-speranza”? : diritti fondamentali e politiche sociali in un sistema costituzionale ‘multilivello’*, in Atripaldi-Miccù-Pernice, Napoli, 2004, *passim* e, da ultimo, ID., *Economia e Costituzione. La costituzione economica nell’ordinamento composito europeo*, Torino, 2011, *passim*.

⁶⁶³ TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 11. In senso conforme, SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l’Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 17.

⁶⁶⁴ TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 10, che rinvia, a proposito delle richiamate “politiche sociali”, al *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, 7 giugno 2005, COM (2005) 107 def.

⁶⁶⁵ Sul punto v. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2010, n. 3, 379 ss. e spec. 382 ove osserva che “il settore finanziario e in specie quello degli intermediari finanziari, è dalla Commissione considerato strategico, poiché è volto ad alimentare i flussi delle risorse che affluiscono a tutti i settori dell’economia. La crisi finanziaria mondiale, se per un verso presenta “problemi specifici” legati al mercato creditizio dei mutui ipotecari e alle perdite dovute strategie eccessivamente rischiose adottate dalle banche, per altro verso solleva “problemi sistemici” collegati all’inaridimento del prestito interbancario, alla crisi di liquidità, al rischio di propagazione all’economia reale e insomma alla “erosione generale della fiducia” nel sistema bancario e finanziario nel suo complesso, problemi che esigono allora interventi pubblici per ripristinare stabilità e corretto funzionamento di quel settore quale nodo essenziale delle economie nazionali e dell’economia mondiale”.

costituzionale “interno” quanto sul piano “comunitario”, con particolare riferimento alla verifica di compatibilità con la disciplina sugli aiuti di Stato.

2. Gli interessi pubblici (prevalenti) legati all’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e la «tutela della concorrenza» nell’ordinamento costituzionale italiano. Il caso Alitalia.

La citata verifica circa la tenuta della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, e dei relativi «preminenti interessi generali», costituzionalmente garantiti, di fronte alle istanze di «tutela della concorrenza» che vengono ad emergenza, *in primis*, sul piano costituzionale “interno”, non può che essere condotta alla luce della recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 270/2010⁶⁶⁶, relativa al caso Alitalia (di cui si dirà *infra*).

La vicenda che interessa Alitalia S.p.A., attualmente in amministrazione straordinaria (avendo “beneficiato” delle misure di cui al D.L. n. 134/2008⁶⁶⁷, precedentemente esaminato), tuttavia, ha radici lontane e si caratterizza per le molteplici vertenze fra la Commissione europea e lo Stato italiano, in merito alle misure da quest’ultimo adottate a tutela della compagnia di bandiera italiana⁶⁶⁸, sicchè pare opportuno esaminare preliminarmente tali vicende per poi giungere, successivamente, all’analisi della questione sottoposta alla Corte Costituzionale.

2.1. (Segue). Il “piano di ristrutturazione industriale” notificato il 15 ottobre 2004.

⁶⁶⁶ Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., edita in più riviste, fra cui in *Fallimento*, 2011, n. 2, 153 ss., con nota di FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio*; in *Giur. cost.*, 2010, n. 4, 3296 ss., con nota di LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*; in *Riv. dir. comm.*, 2011, n. 2, 217 ss., con nota di SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*; in *Foro it.*, 2010, n. 11, 2913 ss., con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *L'incompiuta ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*.

⁶⁶⁷ Decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, *Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi*, in *G.U.* 28 agosto 2008, n. 201 – *Serie Generale*.

⁶⁶⁸ V. la ricostruzione fornita da OSTI, *Alitalia: la dolorosa istoria. I puntata*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2008, 317-327 e da STANGHELLINI, *Caso Alitalia e procedure concorsuali*, in *A.G.E.*, 2010, 383 ss., nonché, più di recente, da DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 20 ss.

Merita di essere segnalata, in primo luogo, la decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*⁶⁶⁹, laddove l'esecutivo comunitario, in ossequio al principio dell'investitore privato operante in economia di mercato⁶⁷⁰, ha deciso di avviare il procedimento *ex art. 88, par. 2, Trattato CE*, rilevando che «in base alle informazioni in suo possesso, la Commissione non ha potuto escludere che le [...] operazioni di ricapitalizzazione [di cui al piano di ristrutturazione industriale notificato dall'Italia alla Commissione il 15 ottobre 2004] costituiscano aiuti di Stato, per il motivo che non soddisferebbero il criterio dell'investitore privato operante in economia di mercato⁶⁷¹. Poiché Alitalia ha già beneficiato di un aiuto alla ristrutturazione autorizzato nel 1997, confermato nel 2001 ed erogato tra il 1996 e il 2001, la compagnia italiana, in base al principio dell'aiuto *una tantum*, non potrebbe beneficiare di un nuovo aiuto»⁶⁷².

Il piano notificato alla Commissione prevedeva, sostanzialmente, «la separazione delle due attività di Alitalia: da un lato le attività di trasporto aereo («AZ Fly») con il mantenimento della forma giuridica dell'attuale società, e dall'altro le attività di prestazione di servizi, che saranno trasferite ad una filiale di nuova costituzione («AZ

⁶⁶⁹ In *G.U.U.E.* L 69 dell'8 marzo 2006, 1 ss.

⁶⁷⁰ Su cui v. Così la *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, del 9 aprile 2009; prima ancora, v. la *Comunicazione della Commissione agli Stati membri – Applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CEE e dell'art. 5 della direttiva della Commissione 80/723/CEE alle imprese pubbliche dell'industria manifatturiera*, in *GUCE* C 307 del 13 novembre 1993, 3. Cfr. altresì le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nelle cause riunite C-278/92, C-279/92 e C-280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, I-4103, punto 28: "È erogato un aiuto statale ogni volta che uno Stato membro mette a disposizione di un'impresa fondi che nel naturale corso degli eventi un investitore privato, che applichi criteri commerciali ordinari senza tener conto di fattori sociali, politici o filantropici, non avrebbe fornito". Il criterio è stato ulteriormente sviluppato dalla Corte di Giustizia in molteplici pronunce fra cui si cita, *inter alia*, la sentenza del 3 luglio 2003, cause riunite C-83/01P, C-93/01P e C-94/01P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica Francese c. Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) SNC e CRIE SA*, in *Racc.*, 2003, I-6993, sulla quale v., fra la dottrina italiana, CASALINI, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Il Foro amministrativo*, 2003, 2733-2750; FRATINI-FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contr. impr. Europa*, 2003, 1183-1219; CARTA-FRATINI, *Chronopost c. UFEX: la Corte di Giustizia UE e le "relazioni pericolose" fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *Dir comm. Int.*, 2005, 374-387.

⁶⁷¹ Parimenti fondata su tale criterio è anche la precedente Decisione della Commissione del 18 luglio 2001, *relativa alla ricapitalizzazione della società Alitalia*, in *G.U.U.E.* L 271 del 12 ottobre 2001, 28 ss., sulla quale v., in senso conforme, la successiva sentenza del Tribunale di primo grado, 9 luglio 2008, causa T-301/01, *Alitalia c. Commissione*, in *Racc.*, 2008, II-1753. Sul punto v. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 21 e nt. 55.

⁶⁷² V. il par. 12 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

Servizi») la quale assicurerà le attività di manutenzione, servizi di assistenza a terra, informatica e servizi condivisi (*shared services*)»⁶⁷³.

In conseguenza di ciò veniva prevista, nell'ambito della ristrutturazione di Alitalia, una *duplice ricapitalizzazione*:

«a) per *AZ Fly*, con *risorse dello Stato e capitali di investitori privati* per un importo di circa 1,2 miliardi di EUR all'inizio del 2005, successivamente all'approvazione dei conti del 2004 da parte dell'assemblea degli azionisti prevista per il 27 e 28 giugno 2005;

b) per *AZ Servizi*, alla quale saranno trasferite le attività di manutenzione, servizi di assistenza a terra, informatica e *servizi condivisi* di Alitalia, alla ricapitalizzazione provvederà, per un importo di circa 220 milioni di EUR tra il 2005 e il 2007, *la holding pubblica Fintecna*, prima della prevista cessione delle attività di Alitalia, eventualmente per settori indipendenti, a partner privati. Questa operazione si concreterà nella sottoscrizione di azioni ordinarie e di azioni privilegiate, che garantiscono priorità nella distribuzione dei dividendi»⁶⁷⁴ (corsivo aggiunto).

La valutazione della Commissione, si è osservato, “è stata condotta interamente sulla base del parametro dell’investitore privato in un’economia di mercato”⁶⁷⁵. Nessun dubbio infatti [...] verteva sul *duplice* e preliminare *aspetto* [i] dell’*origine statale* di tale *operazione di ricapitalizzazione* e [ii] dell’*evidente incidenza di essa sugli scambi comunitari e sulla concorrenza*”⁶⁷⁶ (corsivo aggiunto).

L’esecutivo comunitario ha così precisato, in via generale, che secondo la giurisprudenza più recente sul punto⁶⁷⁷:

(i) in primo luogo, «per stabilire se un conferimento di capitale costituisca aiuto di Stato, occorre tener conto dell’effettiva possibilità per l’impresa beneficiaria di ottenere un finanziamento equivalente ricorrendo al normale mercato dei capitali. In base a questo principio, non si ha aiuto di Stato quando il conferimento di capitali

⁶⁷³ V. il par. 8 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁷⁴ V. il par. 9 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁷⁵ Cfr. il par. 186 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁷⁶ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 21-22.

⁶⁷⁷ V., fra le decisioni richiamate, la sentenza della Corte di Giustizia del 16 maggio 2002, nella causa C-482/99, *Francia c. Commissione (Stardust)*, Racc. 2002, I-4397. V. anche le conclusioni dell’avvocato generale Geelhoed presentate il 27 settembre 2001, nelle cause riunite C-328/99 e C-399/00, *Repubblica italiana c. Commissione e Sim 2 SpA multimediale c. Commissione*, in Racc., 2003, I-04035

avviene a condizioni che sarebbero accettabili per un investitore privato che opera secondo una normale logica di mercato⁶⁷⁸»⁶⁷⁹;

(ii) in secondo luogo, «il comportamento dell'investitore pubblico va confrontato con l'ipotetico comportamento di un investitore privato, come ad esempio una holding privata o un gruppo privato di imprese che persegue una politica strutturale, globale o settoriale, guidato da prospettive di redditività a più lungo termine⁶⁸⁰. Il conferimento del capitale necessario per garantire la sopravvivenza di un'impresa che si trova temporaneamente in difficoltà ma che, una volta ristrutturata, è in grado di tornare ad essere redditizia, non costituisce necessariamente un aiuto se anche un investitore privato si comporterebbe allo stesso modo»⁶⁸¹;

(iii) «pertanto, secondo la Commissione, un conferimento di capitali effettuato mediante risorse pubbliche non costituisce un aiuto di Stato se all'operazione partecipano azionisti privati in misura almeno proporzionale al numero delle rispettive azioni e a condizioni identiche a quelle dell'investitore pubblico e se la quota sottoscritta dagli investitori privati ha una rilevanza economica effettiva»⁶⁸².

Su tali basi valutative, la Commissione si è conseguentemente pronunciata sulle due operazioni di ricapitalizzazione proposte⁶⁸³ ritenendo, con riferimento alla prima, in favore di *AZ Fly*, «che l'investimento notificato dallo Stato per un importo massimo del

⁶⁷⁸ V. la *Comunicazione della Commissione sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CE alla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese*, in *Bollettino delle Comunità europee*, n. 9-1984; cfr. altresì Corte di giustizia delle Comunità europee, Cause riunite 296 e 318/82, *Paesi Bassi e Leeuwarder Papierwarenfabriek Bv c. Commissione*, in *Racc.*, 1985, 809, punto 17 della motivazione; Applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CE e dell'articolo 61 dell'accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione, punti 25 e 26.

⁶⁷⁹ Cfr. il par. 186 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁸⁰ V. Corte di Giustizia, 21 marzo 1991, causa C-305/89, *IRI-Alfa Romeo*, in *Racc.*, 1991, 1603 ss.

⁶⁸¹ Cfr. il par. 187 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁸² Cfr. il par. 188 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit. e la giurisprudenza, a supporto, ivi richiamata: Tribunale di primo grado del 12 dicembre 2000, nella causa T-296/97, *Alitalia c. Commissione*, in *Racc.*, 2000, II-3871, punto 81.

⁶⁸³ Chiarendo, al par. 189 della Decisione, «innanzitutto, con riferimento alla separazione di *AZ Fly* e di *AZ Servizi*, [che] la Commissione non ritiene nella fattispecie, contrariamente ad altri casi nei quali ha sollevato obiezioni, di trovarsi in presenza di uno smembramento inteso ad accollare i debiti accumulati ad un'impresa pubblica, mentre l'attività economica vera e propria sarebbe trasferita al settore privato. Al contrario, e coerentemente con la situazione giuridica ed economica dell'impresa, la quasi totalità dell'indebitamento, vale a dire il debito obbligazionario e i prestiti assistiti da garanzie reali sulla flotta, così come il prestito oggetto dell'aiuto al salvataggio, resterà effettivamente a carico di *Alitalia*, ribattezzata *AZ Fly*, che proseguirà la parte preponderante delle attuali attività della compagnia. La Commissione prende nota in proposito dell'impegno dell'Italia quanto al rimborso anticipato di detto prestito entro otto giorni lavorativi successivi all'effettuazione della ricapitalizzazione di *AZ Fly* (cioè la consegna all'impresa dei fondi corrispondenti) e in ogni caso entro il 31 dicembre 2005».

46 % circa di 1,2 miliardi di EUR sia analogo al comportamento di un investitore privato in economia di mercato e che pertanto non costituisca un aiuto»⁶⁸⁴.

Ciò sulla scorta dei seguenti elementi, valutati favorevolmente dall'esecutivo comunitario, e cioè:

(i) in primo luogo, la Commissione “giudica positivamente la circostanza che, diversamente da altri casi nei quali essa ha sollevato obiezioni, la quasi totalità dell'indebitamento, qui rappresentata dal debito obbligazionario, dai prestiti assistiti da garanzie reali sulla flotta e dal prestito oggetto di un precedente aiuto al salvataggio⁶⁸⁵, sarebbe restata a carico di Alitalia, ridenominata AZ Fly, e, dunque, in capo alla società che avrebbe continuato la parte più rilevante delle attuali attività della compagnia”. In altri termini, condizione necessaria per l'autorizzazione dell'operazione pare essere quella di evitare che il progettato smembramento societario sia volto ad accollare ad una nuova impresa pubblica i debiti accumulati dalla compagnia e a trasferire l'attività economica ad un'impresa privata”⁶⁸⁶;

(ii) in secondo luogo, “ulteriore elemento positivo viene rinvenuto nella modalità di partecipazione degli azionisti privati all'operazione di ricapitalizzazione. L'impegno assunto dallo Stato italiano di ridurre la propria partecipazione nel capitale di AZ Fly al di sotto del 49%, infatti, ha determinato le concrete condizioni per rendere maggioritaria la partecipazione privata nell'aumento di capitale tenuto anche conto, da un lato, della circostanza che un istituto finanziario di primo piano (*Deutsche Bank* [«operatore professionale tecnicamente competente»⁶⁸⁷]), proprio in considerazione di tale impegno dello Stato italiano, ha accettato di garantire gli investitori privati fino ad

⁶⁸⁴ Così al par. 205 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit., ma alle condizioni precisate nel successivo paragrafo 206, «vale a dire innanzitutto la firma di un impegno formale e senza riserve da parte della Deutsche Bank e, eventualmente, di altri istituti finanziari, ad eccezione delle usuali condizioni connesse a casi di forza maggiore, atti di guerra, terrorismo e casi analoghi, e dopo diverse verifiche di *due diligence* e un accordo sul prezzo. Inoltre, deve essere aggiunto come condizione l'impegno dello Stato a sottoscrivere le azioni con gli stessi diritti, alle medesime condizioni, allo stesso prezzo e allo stesso ritmo degli investitori privati, fermo restando il calendario previsto per l'assunzione, da parte di Deutsche Bank e eventualmente di altre banche garanti, della garanzia di buon fine. Inoltre, l'operazione non dovrà essere gravata da accordi collaterali o impliciti in virtù dei quali lo Stato italiano possa dispensare le banche dal loro obbligo qualora l'offerta di azioni per la ricapitalizzazione non sia sottoscritta dal mercato in misura sufficiente o concedere a dette banche qualsiasi sconto specifico sul prezzo di emissione».

⁶⁸⁵ Il riferimento è alla garanzia statale concessa sul prestito ponte di 400 milioni di Euro in favore di Alitalia, autorizzata dalla Commissione europea con decisione del 20 luglio 2004, in *G.U.C.E.* C 125 del 24 maggio 2005, 7.

⁶⁸⁶ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 23-24.

⁶⁸⁷ Così al par. 191 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit. Sulle condizioni alle quali era subordinata la concessione della garanzia da parte di Deutsche Bank, v. i parr. 190 ss. della medesima decisione.

una quota massima del 54% della ricapitalizzazione massima prevista⁶⁸⁸ (pari dunque a un massimo di 650 milioni di Euro) e, dall'altro, del fatto che lo Stato acquisterà le azioni allo stesso valore, da definirsi congiuntamente da AZ Fly e *Deutsche Bank*, e alle stesse condizioni di mercato degli investitori privati⁶⁸⁹;

(iii) infine, "l'esercizio del diritto di opzione da parte degli azionisti con garanzia del buon esito dell'operazione ad opera della *Deutsche Bank* è valutato come del tutto conforme alla prassi bancaria vigente in materia di ricapitalizzazione, potendo infatti «essere assimilabile ad un'operazione condotta da un investitore privato che agisce secondo una logica di mercato»^{690,691}.

Per quanto invece concerne la seconda operazione di ricapitalizzazione, realizzata per il tramite della *holding pubblica Fintecna*, a favore di *AZ Servizi*, e concretamente consistente nella sottoscrizione di azioni ordinarie e di azioni privilegiate da parte di Fintecna, che le garantiscono priorità nella distribuzione dei dividendi, la Commissione giudica positivamente, in particolare, i seguenti elementi: (i) «la Commissione prende innanzitutto atto dello statuto di diritto comune di Fintecna e dell'assenza di garanzie particolari o generali accordate dallo Stato in suo favore»⁶⁹²; (ii) «La Commissione osserva altresì che la situazione di tesoreria di Fintecna, positiva [...], non è imputabile a un determinato trattamento di favore da parte del Tesoro»⁶⁹³; (iii) «la Commissione nota, sulla scorta delle conclusioni tratte dall'esperto, che il ricorso [allo] strumento [delle azioni privilegiate] avverrebbe nei limiti stabiliti dalla legge italiana. La Commissione osserva che la presenza di un diritto privilegiato in termini di rendimento ricompensa i diritti limitati relativi al voto nelle assemblee generali»⁶⁹⁴; (iv) altresì «la Commissione nota anche che l'esperto ha operato un confronto del metodo e dei risultati delle valutazioni condotte rispettivamente da Mediobanca e Citigroup⁶⁹⁵ [e conclude che] Fintecna si comporta effettivamente nella fattispecie come un investitore razionale

⁶⁸⁸ Sulle condizioni alle quali era subordinata la concessione della garanzia da parte di Deutsche Bank, v. i parr. 190 ss. della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁸⁹ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 24.

⁶⁹⁰ Così al par. 205 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁹¹ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 26.

⁶⁹² Così al par. 207 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁹³ Così al par. 207 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁹⁴ Così al par. 209 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁹⁵ Così al par. 210 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

di capitale di rischio, che cerca di limitare il proprio rischio e ha un preciso obiettivo di redditività che giustifica la sua decisione d'investimento».

Alla luce di quanto sopra, anche la seconda operazione di ricapitalizzazione in favore di *AZ Fly*, condizionatamente al «rispetto rigoroso delle ipotesi di calcolo presentate»⁶⁹⁶, appare coerente con il comportamento che adotterebbe un investitore privato in economia di mercato e pertanto non costituisce un aiuto di Stato.

2.2. (Segue). Il “prestito ponte” e la cessione a CAI di alcuni beni della compagnia di bandiera italiana.

Successivamente, due ulteriori provvedimenti vengono adottati dallo Stato italiano a sostegno di Alitalia⁶⁹⁷, e cioè il c.d. “prestito-ponte” di 300 milioni di Euro⁶⁹⁸ (di cui al d.l. 23 aprile 2008, n. 80), e la cessione a CAI di alcuni beni della compagnia aerea italiana⁶⁹⁹ (su cui v. il d.l. 28 agosto 2008, n. 134).

Con riguardo al primo provvedimento, la valutazione negativa della Commissione si concentra, essenzialmente, sul mancato rispetto del principio dell’«aiuto *una tantum*».

Infatti, l’esecutivo comunitario osserva che, «in ogni caso, non si può considerare rispettato, nel caso di Alitalia, il principio dell’«aiuto una tantum»⁷⁰⁰, valido sia per gli aiuti per il salvataggio che per gli aiuti per la ristrutturazione. Infatti, occorre ricordare che, secondo gli orientamenti del 2004, se un’impresa ha già beneficiato in passato di un aiuto per il salvataggio o per la ristrutturazione e se sono trascorsi meno di 10 anni dalla concessione dell’aiuto per il salvataggio ovvero dalla fine del periodo di ristrutturazione o dalla cessazione dell’attuazione del piano di ristrutturazione, la Commissione non autorizzerà altri aiuti per il salvataggio o per la ristrutturazione. Alitalia ha già beneficiato di un aiuto per la ristrutturazione approvato dalla Commissione con decisione del 18 luglio 2001⁷⁰¹, nonché di un aiuto per il salvataggio sotto forma di garanzia dello Stato per un prestito ponte di 400 milioni di EUR

⁶⁹⁶ Così al par. 222 della Decisione della Commissione del 7 giugno 2005, *relativa al piano di ristrutturazione industriale di Alitalia*, cit.

⁶⁹⁷ Su cui v., diffusamente, DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 29 ss.

⁶⁹⁸ Decisione della Commissione del 12 novembre 2008, *in merito al prestito di 300 milioni di Euro cui l’Italia ha dato esecuzione a favore della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁶⁹⁹ Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, reperibile all’indirizzo www.federalismi.it.

⁷⁰⁰ Cfr. sezione 3.1.1, punto 25, lettera e), e sezione 3.3 degli Orientamenti sugli aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà del 2004.

⁷⁰¹ Decisione della Commissione, del 18 luglio 2001, *relativa alla ricapitalizzazione della società Alitalia*, in *GU L* 271 del 12.10.2001, 28.

approvato dalla Commissione con decisione del 20 luglio 2004⁷⁰². Non essendo trascorsi 10 anni dalla concessione dell'ultimo aiuto, Alitalia non può beneficiare dell'aiuto nel caso di specie»⁷⁰³.

Lo Stato italiano, dal canto suo, aveva tentato di giustificare l'erogazione del "prestito-ponte", e quindi il sostegno ad Alitalia, in forza della «necessità di garantire, per ragioni di ordine pubblico e di continuità territoriale, il servizio pubblico assicurato da Alitalia»⁷⁰⁴. La Commissione «constata che questa affermazione, non suffragata, di per sé non è di natura tale da consentirle di considerare che la misura sia compatibile con il mercato comune»⁷⁰⁵.

Venendo alla cessione a CAI di alcuni beni della compagnia aerea italiana, si è osservato che "pur non essendo mai espressamente richiamato dalla Commissione, appare evidente che il principio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato [...] guidi anche le argomentazioni sviluppate nella decisione del 12 dicembre 2008, relativa alla cessione di parte dei beni di Alitalia a CAI. In tale occasione, infatti, punto determinante da esaminare è la verifica che tale cessione sarà realizzata alle condizioni di mercato escludendo così la presenza di elementi di aiuto di Stato che possano falsare l'intera operazione e renderla dunque inverosimile secondo le normali logiche di mercato. In effetti, è proprio questa nella sostanza la domanda che il governo italiano rivolge alla Commissione notificandole, per soli motivi di certezza del diritto, non nutrendo esso dubbio alcuno sulla legittimità comunitaria dell'operazione, la procedura di cessione di beni di Alitalia»⁷⁰⁶.

Infatti, per motivi di certezza giuridica, lo Stato italiano ha richiesto alla Commissione di confermare che:

«(a) la procedura di amministrazione straordinaria descritta nella notifica [e cioè come modificata dal d.l. 28 agosto 2008, n. 134⁷⁰⁷] non configura la concessione di aiuti di Stato a favore degli acquirenti dei beni;

⁷⁰² Decisione della Commissione, del 20 luglio 2004, N 279/04 — *Misure urgenti a favore della ristrutturazione e del rilancio di Alitalia (aiuti per il salvataggio di imprese)*, in *GU C* 125 del 24.5.2005, 7.

⁷⁰³ Così ai parr. 97-98 della Decisione della Commissione del 12 novembre 2008, *in merito al prestito di 300 milioni di Euro cui l'Italia ha dato esecuzione a favore della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁷⁰⁴ Così al par. 90 della Decisione della Commissione del 12 novembre 2008, *in merito al prestito di 300 milioni di Euro cui l'Italia ha dato esecuzione a favore della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁷⁰⁵ *Ibidem*.

⁷⁰⁶ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 33, e cfr. i parr. 9-13 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁷⁰⁷ Sul punto v., specificamente, i parr. 28-30 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.: «Il decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134 ha anch'esso introdotto alcune modifiche alla procedura. Innanzitutto, il

(b) l'eventuale acquisto da parte di terzi di alcuni beni di Alitalia⁷⁰⁸, sulla base di un'offerta già formulata, non configura elementi di continuità economica con l'impresa posta in amministrazione straordinaria tali da indurre il trasferimento delle passività di Alitalia in capo all'acquirente e in particolare l'obbligo di recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili concessi ad Alitalia»⁷⁰⁹.

“Il primo profilo sollecita le più diffuse considerazioni svolte nel corso del tempo in merito alla legittimità comunitaria della disciplina italiana sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi⁷¹⁰. Come è noto, in varie occasioni tale disciplina ha costituito oggetto di attenzione della Corte di Giustizia e della Commissione⁷¹¹ e, per quanto è sufficiente rilevare ai fini del nostro approfondimento, va ricordato come i giudici comunitari abbiano espressamente affermato che procedure di tal genere non integrino di per sé aiuti di Stato vietati ai sensi del Trattato CE, ma che ciò possa verificarsi soltanto allorché «la collocazione in amministrazione straordinaria e la continuazione dell'attività economica dell'impresa abbiano effettivamente comportato un onere supplementare per lo Stato rispetto a quanto sarebbe derivato dall'applicazione delle disposizioni ordinarie in materia di fallimento»^{712,713}.

decreto-legge rende possibile la sostituzione del ministro dello Sviluppo economico con il Presidente del Consiglio dei Ministri per la deliberazione dell'ammissione immediata alla procedura di amministrazione straordinaria e per la nomina del commissario straordinario. Inoltre, il decreto-legge stabilisce l'equivalenza tra le due modalità procedurali alternative (cessione dei complessi aziendali o ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa), per permettere l'immediata ammissione alla procedura prima della dichiarazione dello stato di insolvenza da parte dell'autorità giudiziaria. Infine, il decreto-legge n. 134 prevede alcune disposizioni specifiche per le grandi imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali. In questo caso, ai sensi della deroga di cui all'articolo 62 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, la cessione dei beni dell'impresa posta in amministrazione straordinaria può avvenire mediante trattativa privata con acquirenti che garantiscano la continuità del servizio nel medio periodo, la rapidità dell'intervento e il rispetto dei requisiti previsti dalla legislazione italiana e dai trattati sottoscritti dall'Italia. Questa possibilità tuttavia è subordinata all'obbligo di verifica della congruità del prezzo di cessione dei beni rispetto al valore di mercato da parte di un esperto indipendente nominato dal ministero dello Sviluppo economico. Inoltre, il decreto-legge n. 134 prevede la possibilità di estendere la procedura a imprese che intrattengono, in via esclusiva, rapporti contrattuali con l'impresa ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria».

⁷⁰⁸ Secondo le modalità esplicate ai par. 44 e ss. della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁷⁰⁹ Così il par. 90 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁷¹⁰ Su cui v., *inter alia*, APPIANO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e regole comunitarie in materia di aiuti di Stato*, cit., 751 ss.; BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 135 ss.; COSTATO, *La legge Prodi e la Corte di Giustizia*, in *Studium iuris*, 2001, 156 ss.; D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 69 ss.; TARZIA, *Disapplicazione della “legge Prodi” per contrasto con la disciplina comunitaria*, in *Fallimento*, 2000, 513 ss.

⁷¹¹ Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907 e Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735.

⁷¹² Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 143. Sul punto v. Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907, punto 36, ove statuisce: «contrariamente a quanto sostiene la Commissione, l'eventuale perdita di introiti fiscali che deriverebbe per lo Stato dall'applicazione del regime di amministrazione straordinaria, a causa del divieto

In tal caso, tuttavia, la Commissione è chiamata a pronunciarsi su un profilo specifico (di carattere derogatorio) introdotto dal d.l. n. 134/2008, e precisamente il fatto che «la cessione dei beni dell'impresa posta in amministrazione straordinaria può avvenire mediante trattativa privata con acquirenti che garantiscano la continuità del servizio nel medio periodo, la rapidità dell'intervento e il rispetto dei requisiti previsti dalla legislazione italiana e dai trattati sottoscritti dall'Italia. Questa possibilità tuttavia è subordinata all'obbligo di verifica della congruità del prezzo di cessione dei beni rispetto al valore di mercato da parte di un esperto indipendente nominato dal ministero dello Sviluppo economico»⁷¹⁴.

Sul punto si è osservato in dottrina che, sebbene “nel suo complesso, la disciplina italiana sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi resta invariata, non mutando, infatti, ruolo e poteri dell'autorità giudiziaria, del commissario straordinario e del comitato di sorveglianza, le modifiche introdotte dal decreto legge n. 134 costituiscono un evidente rischio che nell'operazione di vendita dei beni dell'impresa ammessa a tale regime speciale si annidino elementi (illegittimi) di aiuto di Stato. In particolare, e come è piuttosto ovvio, è sulla valutazione di congruità secondo il mercato del prezzo di tale cessione che la Commissione deve concentrarsi. Non potendosi nell'occasione ricorrere ad una procedura aperta, trasparente e non discriminatoria, la sola che possa garantire che il mercato porterebbe senza incertezze all'offerta migliore, essa ha il compito di accertare che la procedura prevista, astrattamente meno garantista, possa comunque, nel suo concreto atteggiarsi, condurre alla determinazione di un vero prezzo di mercato”⁷¹⁵.

La valutazione condotta dalla Commissione ha esito positivo, e cioè essa ritiene sia possibile, in base alle informazioni fornite dallo Stato italiano, «giungere ad una cessione dei beni di Alitalia al prezzo di mercato»⁷¹⁶, principalmente in quanto è

assoluto di azioni esecutive individuali e della sospensione degli interessi su tutti i debiti dell'impresa di cui trattasi, nonché della correlativa diminuzione dei vantaggi dei creditori, non potrebbe di per sé giustificare la qualifica come aiuto di tale regime. Infatti una tale conseguenza è inerente a qualsiasi regime legale che fissa l'ambito nel quale si organizzano i rapporti tra un'impresa insolvente e l'insieme dei suoi creditori, senza perciò che si possa dedurre automaticamente l'esistenza di un onere finanziario supplementare sostenuto direttamente o indirettamente dai pubblici poteri e destinato a concedere alle imprese interessate un vantaggio determinato». In senso conforme, v. Corte di Giustizia, 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, c.d. *Sloman Neptune*, in *Racc.*, 1993, I-887. Nella giurisprudenza italiana, v., *inter alia*, Cass., 10 novembre 2005, n. 21823; Cass., 25 agosto 2006, n. 18552.

⁷¹³ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 34.

⁷¹⁴ Così al par. 29 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁷¹⁵ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 34.

⁷¹⁶ Così al par. 117 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

garantita «una valutazione indipendente dei beni ceduti»⁷¹⁷, sulla scorta dei seguenti elementi giudicati favorevolmente dall'esecutivo comunitario:

- (i) “l'indipendenza del commissario straordinario il quale, pur essendo di nomina governativa, è sottoposto interamente alla legge, che ne disciplina l'azione, ed agisce in qualità di pubblico ufficiale”⁷¹⁸;
- (ii) “tale commissario straordinario si è poi avvalso dei servizi di un consulente finanziario (Banca Rothschild) per verificare i risultati della già citata perizia indipendente e valutare le diverse offerte pervenute”⁷¹⁹;
- (iii) “l'intera procedura è inoltre sottoposta alla vigilanza del consiglio di sorveglianza, organo con poteri consultivi e di controllo, in cui siedono due rappresentanti dei creditori di Alitalia”⁷²⁰;
- (iv) “ancora, un esperto dotato dei requisiti di professionalità ed indipendenza di cui al decreto legge n. 134 (Banca Leonardo) ha redatto un'ulteriore perizia per verificare la congruità del prezzo di cessione dei beni rispetto a quello di mercato”⁷²¹;
- (v) “inoltre, è positivamente accolto l'impegno del governo italiano ad astenersi da qualsiasi interferenza nell'operato del commissario straordinario”⁷²²;
- (vi) “infine, al fine di accrescere ancor di più le necessarie garanzie di indipendenza, le autorità italiane hanno accettato la nomina, alle condizioni concordate con la Commissione, di un *monitoring trustee* specificatamente chiamato a vigilare che il processo notificato venga effettivamente ed interamente seguito e, soprattutto, a controllare che la cessione dei beni avvenga al prezzo di mercato”⁷²³.

A questo punto la valutazione della Commissione si incentra, conclusivamente, sulla sussistenza di condizioni/obblighi di “pubblica di autorità” in relazione al personale di Alitalia ed ai potenziali acquirenti tali da inficiare il giudizio circa la cessione al prezzo di mercato.

⁷¹⁷ Così al par. 106 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁷¹⁸ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 37.

⁷¹⁹ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 37.

⁷²⁰ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 37.

⁷²¹ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 37.

⁷²² Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 37.

⁷²³ Così DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 37.

Entrambe le valutazioni sono positive.

Infatti, quanto alla situazione del personale di Alitalia, «la Commissione rileva che né l'Italia né il commissario straordinario ha imposto un obbligo di assunzione del personale nell'ambito della procedura in questione. Al contrario, gli acquirenti potevano, a loro scelta, acquisire le attività con o senza il relativo personale. Inoltre, la Commissione nota che gli acquirenti dei beni, in particolare la CAI, che rileveranno il personale di Alitalia lo faranno secondo condizioni nuove interamente fissate dagli acquirenti stessi (retribuzioni, livelli di produttività, nuovo modello di relazioni industriali). Infine, le trattative condotte tra le organizzazioni sindacali e la CAI sono state avviate su richiesta del potenziale acquirente. Le decisioni prese in questo contesto impegnano unicamente gli acquirenti, in particolare la CAI, in maniera autonoma, senza imposizione di condizioni nell'ambito della procedura»⁷²⁴.

«Pertanto, la Commissione constata che la procedura notificata non impone condizioni di "pubblica autorità" per quanto riguarda il personale di Alitalia»⁷²⁵.

Parimenti, «per quanto riguarda le condizioni di gestione dell'attività di trasporto aereo, la Commissione rileva che il decreto-legge del 28 agosto 2008 menzionava la volontà del governo italiano di garantire nel medio periodo la continuità del servizio di trasporto, la rapidità dell'intervento e il rispetto dei requisiti previsti dalla legislazione italiana e dai trattati ratificati dall'Italia. Inoltre l'invito a manifestare interesse pubblicato dal commissario straordinario indica, come elemento di valutazione delle offerte, la non interruzione del traffico aereo. A questo proposito le autorità italiane hanno precisato che la continuità del servizio non corrisponde a obblighi di servizio pubblico come definiti dal diritto comunitario. Questo elemento mira in realtà a introdurre come criterio secondario rispetto al prezzo pagato quello della continuità dell'attività di trasporto aereo. In questo contesto la Commissione nota che questo criterio secondario, nonché quello della rapidità dell'intervento che lo completa, appare ragionevole tenuto conto dell'attività interessata e della sua importanza per l'economia italiana. Esso appare inoltre logico nel quadro dell'operazione e congruo con l'obiettivo di massimizzazione del prezzo, nella misura in cui il valore di un gruppo di beni sufficientemente ampio include l'avviamento, di cui una parte è rappresentata dalle bande orarie necessarie alla predetta offerta di servizio. Infine, il criterio era a

⁷²⁴ Così ai parr. 119-121 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁷²⁵ Così al par. 122 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

conoscenza di tutti i potenziali partecipanti all'offerta. Per quanto riguarda il criterio del rispetto dei requisiti previsti dalla legislazione italiana e dai trattati ratificati dall'Italia, esso deve essere compreso nel senso che l'offerta deve soddisfare il principio di legalità»⁷²⁶.

«Di conseguenza, la Commissione constata che la procedura notificata non conduce a imporre obblighi di "pubblica autorità" ai potenziali acquirenti tali da rimettere in discussione l'obiettivo della cessione al prezzo del mercato»⁷²⁷.

Infine, con riguardo alla verifica della eventuale continuità economica fra Cai ed Alitalia, a seguito della cessione (verifica necessaria ai fini dell'identificazione dell'impresa dalla quale recuperare l'aiuto illegale ed incompatibile con il mercato comune, consistente nel c.d. prestito ponte da 300 milioni di euro, di cui sopra), «la Commissione ritiene che, tenuto conto della portata della cessione dei beni e della parcellizzazione delle offerte dei potenziali acquirenti, la procedura attuata dall'Italia non comporta una continuità economica tra Alitalia e gli acquirenti dei suoi beni»⁷²⁸.

2.3. (Segue). La rispondenza a «preminenti interessi generali» delle concentrazioni previste nel programma di risanamento delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali e la pronuncia della Corte Costituzionale n. 270/2010.

Come più sopra rilevato, il d.l. n. 134/2008 ha introdotto diverse misure di deroga, rispetto alla procedura di amministrazione straordinaria regolata dal d.l. 23 dicembre

⁷²⁶ Così ai parr. 123-125 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁷²⁷ Così al par. 126 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

⁷²⁸ Così al par. 137 della Decisione della Commissione del 12 dicembre 2008, Aiuto di Stato N 510/2008 – Italia, *Cessione dei beni della compagnia aerea Alitalia*, cit.

Tuttavia, la Commissione precisa al successivo par. 138, che «l'offerta presentata dalla CAI è la sola che riguardi un perimetro di beni sufficientemente ampio perché il rischio di continuità economica meriti un esame più approfondito». Ma anche all'esito del predetto esame la Commissione conclude, al par. 147, «che non vi è continuità economica tra Alitalia e la CAI». Esprime talune perplessità sul punto DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 41, il quale osserva che «senza la concessione del “prestito-ponte” dichiarato illegittimo dall'esecutivo comunitario, e dunque senza l'artificiale prolungamento in vita della compagnia di bandiera italiana, non si sarebbero verosimilmente realizzate le condizioni concrete per una reale manifestazione di interesse all'acquisto di parte dei beni di detta società».

2003, n. 347 (convertito con modificazioni dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39), a beneficio delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali⁷²⁹.

Si è osservato che tali norme di deroga “attribuiscono al potere politico e al commissario straordinario poteri ancor più forti, consentendo [...]:

- 1) al Governo di dare ordini al commissario nella fase di avvio della procedura (nuovo art. 2, comma 2 [...]);
- 2) al commissario di vendere l’azienda immediatamente, a trattativa privata, ad un prezzo non inferiore a quello stimato da una primaria istituzione finanziaria (nuovo art. 4, comma 4-*quater*);
- 3) all’acquirente di evitare la preventiva autorizzazione antitrust nazionale (nuovo art. 4, comma 4-*quinqües*);
- 4) al commissario di negoziare riduzioni di personale con poteri più incisivi rispetto a quelli concessi dalla legislazione ordinaria in materia lavoristica, ma con ampi ammortizzatori sociali (nuovo art. 5, commi 2-*ter* e 2-*quater*)”⁷³⁰.

Se, in particolare, la misura di cui all’art. 4, comma 4-*quater*, ha superato il vaglio dell’esecutivo comunitario, attraverso la positiva decisione del 12 dicembre 2008 di cui si è ampiamente dato conto più sopra, rispetto alla norma di cui al comma 4-*quinqües*

⁷²⁹ Parla di *maquillage*, BELTRAMI, *Decreto Alitalia: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 2009, 599, che tuttavia osserva, a pag. 602: “non c’è da stupirsi [...] se il Decreto Alitalia è stato immediatamente oggetto di critiche in sede dottrinale. Ma in analoga sorte era incorso – si ricordi – anche il Decreto Marzano: eppure tale normativa ha sicuramente centrato l’obiettivo per il quale era stato emanato (ossia salvare la multinazionale Parmalat), mentre altrettanto non si può dire per l’amministrazione straordinaria di cui alla Prodi-*bis*, che, sebbene tecnicamente più apprezzabile e meglio strutturata, al banco di prova dei disastri Parmalat, Volareweb ed Alitalia si è rivelata in tutta la sua inadeguatezza, probabilmente per l’eccessivo spazio che in questa procedura è riconosciuto all’autorità giudiziaria. Fatti salvi, dunque, gli ovvi rilievi quanto alla tecnica legislativa utilizzata [...], non è forse sbagliato “stare alla finestra” prima di arrischiarsi a giudizi del tutto negativi quanto al contenuto del provvedimento *de quo*, subordinandone la valutazione alla luce dell’evolversi dei fatti”.

⁷³⁰ Così FABIANI-STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell’amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, 1338. Per ulteriori commenti al d.l. n. 134/2008, v., inter alia, LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: una nuova versione dell’amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2008, 1117 ss.; BELTRAMI, *Decreto Alitalia: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, cit., 599; A.M. LEOZAPPA, *Interessi pubblici e amministrazione straordinaria dopo la legge n. 166/2008 (Variante Alitalia)*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 615 ss.; D. MANENTE, *Dalla “legge Marzano” al D.L. n. 134/2008: note minime sulle modifiche alla procedura di ristrutturazione di grandi imprese in stato d’insolvenza nel caso Alitalia*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 520; P. MANGANELLI, *Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d’impresa*, in *Dir. prat. soc.*, 2008, 23, 28; L. GUALANDI, *Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, 985. In senso particolarmente critico, v. STANGHELLINI, *Caso Alitalia e procedure concorsuali*, cit., 408, che osserva: “quando un obiettivo, per essere raggiunto, necessita di *decine* di modifiche e deroghe all’ordinamento previgente, come è accaduto nel caso Alitalia, possono esservi due sole spiegazioni: la prima è che l’ordinamento previgente era radicalmente ingiusto ed inadeguato, la seconda è che quell’obiettivo è *illegittimo*, nel senso che è contrario al diritto come sistema armonico di valori (la legge come è noto, la si può modificare a piacimento)”, rinviando a P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2007.

del medesimo articolo sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale, risolti dalla Consulta attraverso la (ormai) celebre sentenza n. 270/2010⁷³¹.

Come noto, la norma *de qua* prevede che «con riferimento alle imprese di cui all'articolo 2, comma 2, secondo periodo, le operazioni di concentrazione connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato di cui al comma 2 del presente articolo, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui al comma 1 dell'articolo 5, rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, fermo quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della stessa legge. Le parti sono, comunque, tenute a notificare preventivamente le suddette operazioni all'Autorità garante della concorrenza e del mercato unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione. L'Autorità, con propria deliberazione adottata entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, prescrive le suddette misure con le modificazioni e integrazioni ritenute necessarie; definisce altresì il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare. In caso di inottemperanza si applicano le sanzioni di cui all'articolo 19 della citata legge n. 287 del 1990».

2.3.1. (Segue). La questione di legittimità costituzionale e la posizione dei rimettenti.

La questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 10, del decreto legge 28 agosto 2008 convertito dalla legge 27 ottobre 2008 n. 166, nella parte in cui ha introdotto il comma 4-*quiquies* nell'articolo 4 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni dalla legge 18 febbraio 2004 n. 39, in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., è stata sollevata dal TAR Lazio con tre ordinanze emesse nel corso di altrettanti giudizi⁷³².

Come già rilevato, il richiamato art. 4, comma 4-*quiquies*, introduce, con operatività fino al 30 giugno 2009, un'esenzione dall'autorizzazione prevista dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 (fermo quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della stessa legge) per le operazioni di concentrazione connesse o contestuali o comunque previste nel

⁷³¹ Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷³² Cfr. il par. 1 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

programma debitamente autorizzato ai sensi dell'art. 4, comma 2 del d.l. n. 347 del 2003, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui al comma 1 dell'articolo 5 dello stesso d.l. n. 347/2003, concluse da imprese soggette ad amministrazione straordinaria e che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali: ciò in quanto le predette operazioni sono considerate come rispondenti a «preminenti interessi generali»⁷³³.

Tuttavia, la norma precisa che, fatto salvo quanto previsto dalla normativa comunitaria, qualora le suddette operazioni di concentrazione rientrino nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'obbligo di notifica preventiva all'Autorità medesima, accompagnato dalla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione, sopravvive in ogni caso⁷³⁴. “L'Autorità, con propria deliberazione adottata entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, prescrive le suddette misure con le modificazioni e integrazioni ritenute necessarie; definisce altresì il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare”⁷³⁵. In ipotesi di inottemperanza si applicano le sanzioni di cui all'articolo 19 della citata legge n. 287 del 1990.

Le ordinanze del TAR Lazio precisano, preliminarmente, che il citato art. 4, comma 4-*quinquies*, costituirebbe una “norma-provvedimento”, “come tale soggetta ad uno scrutinio stretto di costituzionalità, in relazione ai principi di ragionevolezza e non arbitrarietà”⁷³⁶.

Osservano i rimettenti che “la disposizione violerebbe siffatti principi, ponendosi in contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost., in quanto avrebbe introdotto, per l'operazione di concentrazione oggetto dei giudizi principali, una deroga del procedimento di controllo stabilito dalla legge n. 287/1990, che sarebbe irragionevole, perché non coerente con la disciplina della concorrenza stabilita dall'art. 41 Cost., e lesiva della parità di trattamento tra imprese concorrenti”⁷³⁷.

“Siffatti parametri sarebbero vulnerati anche in quanto la posizione di monopolio eventualmente determinata dalla concentrazione è destinata a durare per

⁷³³ Cfr. il par. 1.1. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷³⁴ Cfr. il par. 1.1. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷³⁵ Così all'ult. parte del secondo capoverso del par. 1.1. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷³⁶ Così al primo capoverso del par. 1.2. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷³⁷ Così al secondo capoverso del par. 1.2. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

almeno tre anni, in danno delle imprese concorrenti, senza che siano stati esplicitati gli interessi che la norma mira a realizzare. A questo fine sarebbero, infatti, insufficienti l'indicazione che le operazioni di concentrazione oggetto della disposizione "rispondono a preminenti interessi generali" e la considerazione in ordine alla "importanza che i servizi forniti dalle società operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali non subiscano interruzioni", in mancanza di chiarimenti sulle ragioni dell'impossibilità di tutelare detti interessi con modalità diverse, rispettose dei principi di eguaglianza e di tutela della concorrenza"⁷³⁸.

2.3.2. (Segue). La decisione della Consulta. L'iter argomentativo.

Al netto delle questioni processuali, la Corte ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale.

2.3.2.1. (Segue) L'art. 4, comma 4-quinquies, d.l. 347/2003 come "norma-provvedimento".

Anzitutto, la Consulta osserva che "il primo profilo rilevante ai fini della decisione concerne la qualificazione della disposizione censurata come «norma-provvedimento», che, secondo la giurisprudenza di questa Corte va affermata quando essa «incide su un numero determinato e molto limitato di destinatari ed ha contenuto particolare e concreto»⁷³⁹, anche in quanto ispirata da particolari esigenze"⁷⁴⁰.

A tal proposito, la Corte ritiene che, autonomamente considerata, la natura di norma-provvedimento della disposizione in questione non ne determini, automaticamente, la relativa illegittimità⁷⁴¹, pur confermando tale qualificazione alla luce di vari elementi, tra cui, *inter alia*: (i) il fatto che la norma di cui all'art. 4, comma 4-quinquies, è stata inserita in un decreto legge composto da sole cinque disposizioni, "una delle quali reca un'altra norma concernente, significativamente, soltanto Alitalia-

⁷³⁸ Così al penultimo capoverso del par. 1.2. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷³⁹ Cfr. le sentenze della Corte Cost., n. 267/2007 e n. 2/1997.

⁷⁴⁰ Così al primo capoverso del par. 7.2. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit. Cfr. altresì la sentenza della Corte Cost. n. 429/2002.

⁷⁴¹ Cfr. il terzo capoverso del par. 7.2. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit. ed i relativi rilievi.

Linee Aeree Italiane S.p.A., Alitalia Servizi S.p.A. e le società da questa controllate”⁷⁴²; (ii) il limite temporale della norma medesima che, in uno con le relative condizioni di applicabilità, la rende applicabile alla sola operazione di concentrazione riferibile ad Alitalia⁷⁴³; (iii) “la coincidenza temporale tra approvazione, entrata in vigore della medesima e perfezionamento della concentrazione costituiscono indici sintomatici della riferibilità della disposizione soltanto a quella fattispecie”⁷⁴⁴.

Osserva infatti la Corte, in ossequio ai suoi stessi precedenti, che la legittimità di questo tipo di leggi va, in particolare, “valutata in relazione al loro specifico contenuto”⁷⁴⁵ e devono risultare i criteri che ispirano le scelte con essa realizzate, nonché le relative modalità di attuazione⁷⁴⁶. Peraltro, poiché la motivazione non inerisce agli atti legislativi⁷⁴⁷, è sufficiente che detti criteri, gli interessi oggetto di tutela e la *ratio* della norma siano desumibili dalla norma stessa”⁷⁴⁸.

2.3.2.2. (Segue) *La presunta violazione degli artt. 3 e 41 Cost. La libertà di concorrenza quale manifestazione della libertà di iniziativa economica privata e le clausole generali di “utilità sociale” e “fini sociali”.*

In secondo luogo, la Consulta passa ad esaminare la censura sollevata dai rimettenti rispetto all’autorizzazione “preventiva” alle operazioni di concentrazione, prevista dal comma 4-*quinquies* cit., in deroga all’ordinario procedimento previsto dalla legge antitrust, considerata palese lesione della libertà di concorrenza (mancando ragionevoli giustificazioni), in violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

Sul punto la Corte rammenta, *in primis*, che le più risalenti pronunce della Corte medesima «hanno sottolineato che la libertà di concorrenza costituisce manifestazione della libertà di iniziativa economica privata, che, ai sensi dei commi 2 e 3 dell’art. 41

⁷⁴² Così al secondo capoverso del par. 7.2. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁴³ Cfr. il secondo capoverso del par. 7.2. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁴⁴ Così al secondo capoverso del par. 7.2. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁴⁵ Cfr. le sentenze della Corte Cost., n. 137/2009, n. 267/2007 e n. 492/1995.

⁷⁴⁶ Cfr. la sentenza della Corte Cost., n. 137/2009.

⁷⁴⁷ Cfr. la sentenza della Corte Cost., n. 12/2006.

⁷⁴⁸ Prosegue la Corte all’ultimo capoverso del par. 7.2. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., “anche in via interpretativa, in base agli ordinari strumenti ermeneutici, fermo restando che il sindacato di questa Corte sulla eventuale irragionevolezza della scelta compiuta dal legislatore «non può spingersi fino a considerare la consistenza degli elementi di fatto posti a base della scelta medesima»”. Su tale ultimo profilo v. altresì le sentenze della Corte Cost., n. 347/1995 e n. 66/1992.

Cost., è suscettibile di limitazioni giustificate da ragioni di “utilità sociale” e da “fini sociali”»⁷⁴⁹.

La stessa Corte ha osservato, già nelle pronunce meno recenti, che le ragioni riconducibili a tali clausole generali “non devono necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore”⁷⁵⁰ essendo sufficiente “la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo”⁷⁵¹.

«La successiva giurisprudenza ha confermato che le esigenze di utilità sociale devono essere bilanciate con la concorrenza⁷⁵² e va qui ribadita la necessità che l’individuazione delle medesime “non appaia arbitraria” e che esse non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue⁷⁵³, assumendo rilievo in tale valutazione anche il “carattere temporalmente limitato della disciplina” che la

⁷⁴⁹ Così al secondo capoverso del par. 8. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., che ulteriormente precisa: “In seguito, è stata offerta una nozione più ampia della garanzia della libertà di concorrenza ed è stato osservato, in primo luogo, che essa ha «una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall’altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi» (sentenza n. 223 del 1982); in secondo luogo, che la concorrenza costituisce un «valore basilare della libertà di iniziativa economica [...] funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori» (sentenza n. 241 del 1990). Emerge in questa lettura dell’art. 41 Cost., particolarmente del primo comma, lo stretto collegamento logico-sistematico con l’art. 3 della Costituzione. Le più recenti decisioni di questa Corte, dopo la modifica dell’art. 117 Cost. ad opera della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) e la previsione della «tutela della concorrenza» come materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, hanno posto in luce che la nozione interna di concorrenza riflette «quella posta dall’ordinamento comunitario» (sentenze n. 45 del 2010, n. 430 del 2007 e n. 12 del 2004). In particolare, si è rilevato che detta locuzione «comprende, tra l’altro, interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali: le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche. In tale maniera, vengono perseguite finalità di ampliamento dell’area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi» (sentenze n. 430 e n. 401 del 2007). «Si tratta, in altri termini, dell’aspetto più precisamente di promozione della concorrenza, che è una delle leve della politica economica del Paese» (sentenze n. 80 del 2006, n. 242 del 2005, n. 175 del 2005 e n. 272 del 2004). A detta materia sono state, quindi, ricondotte, ad esempio, le misure volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati (sentenza n. 326 del 2008), ovvero a scongiurare «pratiche abusive a danno dei consumatori» (sentenza n. 51 del 2008), oppure a garantire la piena apertura del mercato (sentenza n. 320 del 2008), non quelle che «lo riducono o lo eliminano» (sentenza n. 430 del 2007; analogamente, sentenze n. 63 del 2008 e n. 431 del 2007)».

⁷⁵⁰ Così al primo capoverso del par. 8.1. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., e cfr. sul punto la sentenza della Corte Cost., n. 46/1963, ove sono richiamate le sentenze n. 5 e n. 54 del 1962).

⁷⁵¹ Così al primo capoverso del par. 8.1. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., e cfr. sul punto le sentenze della Corte Cost., n. 63/1991, n. 388/1992 e n. 446/1988.

⁷⁵² Cfr. la sentenza della Corte Cost., n. 386/1996 e, in senso analogo, la precedente sentenza n. 241/1990.

⁷⁵³ Cfr. la sentenza della Corte Cost., n. 548/1990; nello stesso senso, le successive sentenze n. 152/2010 e n. 167/2009.

prevede⁷⁵⁴. [...] Alle clausole generali in esame sono stati ricondotti anche interessi qualificati in vario modo e collegati alla sfera economica, quali, in particolare, quelli attinenti alla esigenza di protezione di una data produzione⁷⁵⁵, ovvero a quella “di salvaguardare l'equilibrio di mercato tra domanda ed offerta” in un determinato settore⁷⁵⁶, oppure strumentali a garantire i valori della concorrenzialità e competitività delle imprese⁷⁵⁷, o anche “l'esigenza di interesse generale di riconoscimento e valorizzazione del ruolo” di imprese di determinate dimensioni⁷⁵⁸.

In definitiva, è stato rilevato, nella sostanza, che *la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono “dall'ordinamento una protezione assoluta” e possono, quindi, subire le limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario “a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti”*⁷⁵⁹»⁷⁶⁰ (corsivo aggiunto).

Ebbene, nel caso di specie la Corte osserva che “stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale» ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a «fini sociali», consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito”⁷⁶¹, fermo restando che, tenuto conto del carattere derogatorio ed eccezionale di tale regolazione rispetto ai principi interni e comunitari, “occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di questi interessi”⁷⁶².

In tal senso, con specifico riferimento alla materia delle concentrazioni, la Corte richiama gli orientamenti della Commissione (alla luce del Reg. n. 139/2004⁷⁶³) per cui una concentrazione valutata negativamente può essere ritenuta “compatibile col mercato comune se una delle imprese partecipanti alla concentrazione versa in stato di crisi”⁷⁶⁴,

⁷⁵⁴ Cfr. la sentenza della Corte Cost., n. 94/2009.

⁷⁵⁵ Cfr. la sentenza della Corte Cost., n. 20/1980.

⁷⁵⁶ Cfr. la sentenza della Corte Cost., n. 63/1991.

⁷⁵⁷ Cfr. la sentenza della Corte Cost., n. 439/1991.

⁷⁵⁸ Cfr. la sentenza della Corte Cost., n. 64/2007.

⁷⁵⁹ Cfr. la sentenza della Corte Cost., n. 279/2006 e l'ordinanza n. 162/2009.

⁷⁶⁰ Così nella seconda e terza parte del secondo capoverso del par. 8. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁶¹ Così al primo capoverso del par. 8.2 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁶² Così al secondo capoverso del par. 8.2 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁶³ Regolamento 20 gennaio 2004, n. 139 (Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese - «Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

⁷⁶⁴ Così al terzultimo capoverso del par. 8.3 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., citando gli «Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese», parr. 89-90.

considerato altresì che, anche prima del Reg. n. 139/2004, “la circostanza che l’impresa da salvare potesse rischiare altrimenti di uscire dal mercato è stata ritenuta un fattore suscettibile di positiva valutazione”⁷⁶⁵.

«Né è mancato, nella prassi della Commissione, il rilievo che “un’autorizzazione della concentrazione subordinata a condizioni appropriate” può, eventualmente, essere più favorevole per gli utenti di un deterioramento della struttura del mercato causato dalla potenziale cessazione delle attività” da parte di una determinata impresa, specie quando entrano in gioco interessi rilevanti non riconducibili solo e/o direttamente all’assetto concorrenziale del mercato, come ad esempio il pluralismo dell’informazione⁷⁶⁶»⁷⁶⁷.

Sul punto, la Consulta rileva altresì, in ottica comparatistica, che “la rilevanza dei molteplici interessi coinvolti dalle operazioni di concentrazione, ai fini della valutazione delle medesime, risulta anche dalla disciplina stabilita in altri Stati membri dell’Unione europea”⁷⁶⁸, tra cui Francia, Regno Unito, Germania nonché la stessa Italia ai sensi dell’art. 25⁷⁶⁹ della l. n. 287/1990.

Alla luce delle predette considerazioni, la Corte osserva come le concentrazioni fruiscono “di una disciplina complessivamente più flessibile”⁷⁷⁰ in quanto, *inter alia*, “possono essere, in alcuni casi eccezionali, suscettibili di una valutazione che può adeguatamente tenere conto dell’esigenza di tutelare preminenti interessi generali diversi da quelli collegati all’obiettivo di garantire un assetto competitivo del mercato”⁷⁷¹.

⁷⁶⁵ Così al terzo capoverso del par. 8.3 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁶⁶ Il riferimento è al c.d. caso Newscorp/Telepiù - Commissione europea, decisione del 2 aprile 2003, caso COMP/M.2876, Newscorp/Telepiù.

⁷⁶⁷ Così nell’ultima parte del terzo capoverso del par. 8.3 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁶⁸ Così al primo capoverso del par. 8.4 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁶⁹ Art. 25 (*Poteri del Governo in materia di operazioni di concentrazione*).

1. Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell’industria, del commercio e dell’artigianato, determina in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l’Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell’economia nazionale nell’ambito dell’integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell’articolo 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti. In tali casi l’Autorità prescrive comunque le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato.

2. Nel caso delle operazioni di cui all’articolo 16 alle quali partecipano enti o imprese di Stati che non tutelano l’indipendenza degli enti o delle imprese con norme di effetto equivalente a quello dei precedenti titoli o applicano disposizioni discriminatorie o impongono clausole aventi effetti analoghi nei confronti di acquisizioni da parte di imprese o enti italiani, il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell’industria, del commercio e dell’artigianato, può, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui all’articolo 16, comma 3, vietare l’operazione per ragioni essenziali di economia nazionale.

⁷⁷⁰ Così al secondo capoverso del par. 8.5 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁷¹ Così al secondo capoverso del par. 8.5 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

2.3.2.3. (Segue) *I preminenti interessi generali tutelati dall'art. 4, comma 4-quinquies, d.l. n. 347/2003. Riconducibilità alle clausole generali dell' "utilità sociale" e dei "fini sociali"*.

Alla luce dei suddetti principi e del contesto normativo di riferimento, la Corte rileva che l'articolo in esame (*i.e.* l'art. 4, comma 4-quinquies, d.l. n. 347/2003) "risulta immune dalle censure proposte dai rimettenti"⁷⁷².

Invero, la Corte premette che "l'art. 25 della l. n. 287/1990 contempla uno specifico meccanismo per tutelare interessi diversi dalla concorrenza"⁷⁷³ e "tale disciplina non è a contenuto costituzionalmente vincolato. Il legislatore ordinario può, infatti, prevedere la possibilità di autorizzare operazioni di concentrazione in vista del contemperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, diversi da quelli inerenti all'assetto concorrenziale del mercato"⁷⁷⁴.

"Nel caso in esame, peraltro, il legislatore è intervenuto con una norma-provvedimento, sì che lo scrutinio di ragionevolezza al quale questa va sottoposta richiede di accertare in maniera stringente se siano identificabili interessi in grado di giustificarla, desumibili anche in via interpretativa, e se sia stata realizzata una scelta proporzionata ed adeguata, fermo restando che tale scrutinio di costituzionalità non può spingersi sino a valutare autonomamente gli elementi di fatto posti a base della scelta"⁷⁷⁵.

La verifica condotta a tal proposito dalla Corte "ha esito positivo. Il citato art. 4, comma 4-*quinquies*, indica che le operazioni di concentrazione da esso considerate rispondono «a preminenti interessi generali», con formula che assume concretezza alla luce del contesto nel quale la norma è inserita e dei lavori preparatori. La considerazione che la disposizione è contenuta in un decreto-legge è, anzitutto, sintomatica della necessità di provvedere in via d'urgenza; il riferimento, contenuto nella premessa di tale atto normativo, all'esigenza di modificare la procedura di amministrazione straordinaria per le imprese di grandissime dimensioni, «individuando una specifica disciplina per le grandi imprese operanti nei settori dei servizi pubblici

⁷⁷² Così al primo capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁷³ Così al secondo capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁷⁴ Così al secondo capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁷⁵ Così al terzo capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

essenziali volta a garantire la continuità nella prestazione di tali servizi», e l'inserimento della medesima nella legge che la regola, fanno, inoltre, emergere le ragioni della scelta”⁷⁷⁶.

“Nella specie occorre fronteggiare una situazione di gravissima crisi di un'impresa (come dimostra la sottoposizione della medesima all'amministrazione straordinaria), che svolgeva un servizio pubblico essenziale del quale doveva essere garantita la continuità (circostanza, quest'ultima, espressamente condivisa dai rimettenti), peraltro in un settore particolare, notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale, meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistemiche in ulteriori comparti. Il legislatore ordinario ha dunque inteso realizzare un intervento diretto a garantirne la continuità ed a permettere la conservazione del rilevante valore dell'azienda (costituita da una pluralità di beni e rapporti, di varia natura), al fine di scongiurare, in tal modo, anche una grave crisi occupazionale”⁷⁷⁷ (corsivo aggiunto).

“Di tale obiettivo danno ampio conto i lavori preparatori. Dagli interventi al Senato ed alla Camera, nelle Commissioni ed in Assemblea, risulta, infatti, che è stato continuo il riferimento alla «necessità di un'azione importante ed ampia per il salvataggio dell'Alitalia» e traspare costante il convincimento della ritenuta strumentalità della norma in esame rispetto a tale obiettivo. Emerge univoco l'intento di garantire la continuità del trasporto aereo su tutte le rotte nazionali, anche su quelle economicamente non convenienti, e di evitare la dissoluzione di un'impresa di rilevanti dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale. Questi interessi, sebbene attengano, prevalentemente, alla sfera economica, per le osservazioni dianzi svolte, ed in considerazione della gravità della congiuntura economica e della peculiarità del settore di riferimento, sono riconducibili alle ragioni di «utilità sociale» ed ai «fini sociali» (art. 41 Cost.) che giustificano uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'Autorità indipendente”⁷⁷⁸ (corsivo aggiunto).

“La considerazione che siffatta scelta, dal punto di vista dell'obiettivo generale perseguito e dello strumento utilizzato, neppure è eccentrica rispetto al contesto normativo di riferimento suffraga, inoltre, l'inesistenza di profili di irragionevolezza. La

⁷⁷⁶ Così al quarto capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁷⁷ Così al quinto capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁷⁸ Così al sesto capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

*soluzione privilegiata dalla disposizione in esame può essere iscritta, infatti, nella nuova modalità di approccio alla crisi dell'impresa che caratterizza il nostro ordinamento, alla quale è stata ispirata anche la riforma della legge fallimentare, connotata dal superamento della concezione liquidatoria dell'impresa, in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda, per fini di utilità sociale (tra questi, la tutela del lavoro), conseguibile anche mediante cessioni e concentrazioni”*⁷⁷⁹ (corsivo aggiunto).

“Se, in definitiva, il bilanciamento di una molteplicità di interessi impone una scelta non tipica del controllo antitrust, ma, in sostanza, caratterizzata da una connotazione di politica economica e di regolazione del mercato imposta da una situazione eccezionale, questa scelta non può essere giudicata irragionevole per il solo fatto di essere stata operata mediante un atto legislativo”⁷⁸⁰.

2.3.2.4. (Segue) Il test di proporzionalità della misura. Ragionevolezza della norma.

Così delineati gli interessi generali costituzionalmente rilevanti (e quindi “preminenti”) ed accertata la loro riconducibilità alla “utilità sociale” ed ai “fini sociali” ex art. 41 Cost., anche in virtù della contingente situazione economica generale e del peculiare settore (dei servizi pubblici essenziali) in cui operano le imprese interessate dalla concentrazione, la Corte sottopone la misura in questione al c.d. test di proporzionalità per valutarne la ragionevolezza.

Il risultato è considerato positivo alla luce del fatto che: (i) la disposizione in questione, nonostante abbia previsto una deroga alla disciplina concorrenziale normalmente applicabile, “ha mantenuto fermi gli artt. 2 e 3 della l. n. 287/1990 e, quindi, la possibilità di colpire *ex post* l’eventuale abuso di posizione dominante che seguisse alla concentrazione”⁷⁸¹; (ii) “il legislatore ordinario ha, altresì, dimostrato attenzione all’interesse dei consumatori”⁷⁸² mantenendo “fermo il potere dell’Autorità

⁷⁷⁹ Così al settimo capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁸⁰ Così all’ottavo capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁸¹ Così al terzo capoverso del par. 10 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁸² Così al quarto capoverso del par. 10 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., ove prosegue: “(obiettivo, nella specie, di rilievo, alla luce dell’intento di garantire il mantenimento di un servizio di trasporto fondamentale per il nostro Paese, su tutte le rotte), che, come sopra evidenziato, in ogni latitudine costituisce oggetto di specifica considerazione nella disciplina delle concentrazioni”.

di stabilire misure comportamentali idonee a garantire i consumatori”⁷⁸³; (iii) coerentemente con i principi introdotti dal Reg. n. 139/2004 (in base al quale, ai fini di una valutazione favorevole, le concentrazioni non devono comportare un “pregiudizio durevole per la concorrenza”⁷⁸⁴) la disposizione in esame ha attribuito all’Autorità il potere di definire “il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare”, per cui, osserva la Corte, “il carattere transitorio della deroga al potere dell’Autorità di disporre determinate misure concorre a far escludere l’irragionevolezza della norma e la violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione”⁷⁸⁵.

Pertanto, alla luce di tutto quanto sopra, la Corte Costituzionale “dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 4, comma 4-quinquies, del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347 (Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza), convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, introdotto dall’articolo 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134 (Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166, sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 41 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio”⁷⁸⁶.

2.4. (Segue). Noterelle a margine della pronuncia della Corte Costituzionale n. 270/2010.

Il punto di approdo cui giunge la Consulta, con la sentenza in commento, pare, ad avviso di chi scrive, condivisibile⁷⁸⁷ e coerente con (quel)l’evoluzione della «tutela

⁷⁸³ Così al quarto capoverso del par. 10 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., ove prosegue: “e neppure ha inciso sulla possibilità di esercitare un controllo continuo e di adottarle in tempi diversi, conformandole e modulandole in vario modo, anche temporaneamente, tenendo conto a tal fine dell’evoluzione del mercato e dell’incidenza di questa sugli interessi dei consumatori”.

⁷⁸⁴ Cfr. il quinto capoverso del par. 10 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁸⁵ Così all’ultimo capoverso del par. 10 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁸⁶ Così nel dispositivo della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁸⁷ Ed in tal senso anche LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit.; SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*, cit., nonché BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 401, il quale ha rilevato che “l’evocazione della crisi costituisce, in entrambi i passaggi della motivazione qui citati, un argomento di contorno – più che un «argomento principe» - e svolge, dunque, una funzione spiccatamente rafforzativa rispetto a più ampie considerazioni in ordine alla (ri)valorizzazione dei riferimenti dell’«utilità sociale» di cui all’art. 41, co. 2, Cost. e dei «fini sociali» di cui all’art. 41, co. 3, Cost. Questi ultimi, lungi dal costituire un’ineffabile «formula magica», come da taluno un po’ semplicisticamente qualificati, si raccordano senz’altro al «dovere di solidarietà politica, economica e sociale posto dall’art. 2 Cost., da un lato, e [al]la garanzia della pari dignità sociale posta dall’art. 3 Cost., dall’altro» ma sottendono altresì – come già a suo tempo

della concorrenza», a livello costituzionale ma anche comunitario (come si dirà meglio in seguito), che ha favorito la lettura della «libertà di concorrenza tra imprese» nella prospettiva funzionale della “protezione della collettività” (e del benessere dei consumatori), e quindi della valorizzazione dei vincoli costituzionali di *tutela degli interessi sociali*⁷⁸⁸ (quali limiti alla stessa concorrenza), di cui si è dato conto più sopra (nel primo capitolo del presente lavoro), e che è stata significativamente accolta ed ulteriormente implementata dalla Corte Costituzionale, come già precisato, nell’ambito della recente crisi economico-finanziaria⁷⁸⁹: tale lettura consente di risolvere positivamente (con riferimento al co. 4-*quinquies* cit.) il “test di compatibilità” della procedura di amministrazione straordinaria con l’ordinamento costituzionale interno, segnando la prevalenza (coerentemente con i presupposti ed i limiti tracciati dalla Consulta) delle istanze pubblicistiche che innervano tale procedura rispetto all’esigenza di «tutela della concorrenza»⁷⁹⁰.

evidenziato da V. Crisafulli e da C. Mortati in opposizione alla sent. n. 78/1958 – alla piena garanzia del lavoro come principio e come diritto costituzionale *ex art. 4, co. 1, Cost.*”; ma v. anche ANGELINI, *L’iniziativa economica privata*, cit., 122, che più ampiamente ha osservato: “il mercato e la sua disciplina possono trovare spazio nella Costituzione, ma devono rendersi chiare le relazioni fra la realizzazione dell’economia di mercato e i valori costituzionalmente rilevanti, quali il rispetto della dignità umana e il dovere di solidarietà; la conclusione dovrebbe essere che i valori costituzionali non possono essere compatibili con interpretazioni e soprattutto con politiche che li sottopongano a letture svalutative”.

In senso critico, invece, cfr., in primo luogo, PALMIERI-PARDOLES, *L’incompiuta ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*, cit., ma anche, a vario titolo, MANIA, *Alitalia e la nascita del capitalismo “consociativo”*, in *Il Mulino*, 2008, 993 ss.; STANGHELLINI, *Un decollo che sfida le leggi*, reperibile all’indirizzo www.lavoce.info; STECCHETTI-AMARETTI, *Il ventennale dell’antitrust e la Corte Costituzionale*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2010, 459-467.

⁷⁸⁸ Invero, rileva ANGELINI, *L’iniziativa economica privata*, cit., 123, già la sentenza che “apre la breccia alla riconducibilità della tutela della concorrenza nell’alveo della libertà di iniziativa economica utilizza proprio come *argomentazione trainante* la tutela di interessi collettivi”. Il riferimento è alla citata sentenza n. 223/1982, ove la Corte Costituzionale rinviene nella «libertà di concorrenza tra imprese» una *duplice finalità*: essa (i) “da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori” e, (ii) “dall’altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi”.

⁷⁸⁹ Su cui v., a vario titolo, i contributi di ANGELINI, *L’iniziativa economica privata*, cit.; BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit.; DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, cit.

⁷⁹⁰ *Contra*, v., in particolare, LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell’amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2008, 1120, il quale osserva che “l’interesse pubblico è sotteso ad ogni situazione di crisi o d’insolvenza imprenditoriale e deve essere perseguito e tutelato mediante l’osservanza di regole generali e paritetiche. Adombrare, invece, l’esistenza di interessi pubblici, che tali non sono perchè mascherano posizioni di parte e, tuttavia, pensare, anche inconsapevolmente, di poterli affrontare e regolare, utilizzando rimedi discriminatori o emanando leggi c.d. fotografia, come era avvenuto negli anni trascorsi, non costituisce buon governo delle situazioni socio-economiche imprenditoriali. In tal modo si fa uso di un sistema dirigitico delle imprese che non genera ricchezza e produttività, non permette concorrenza e non ci allinea agli altri Paesi europei. Concludendo, noi riteniamo che il mantenimento dell’amministrazione straordinaria (*rectius* di più amministrazioni straordinarie), e la prospettiva di non potercene liberare (se è vero che anche recentemente è stato approvato un disegno di legge delega per l’armonizzazione della regolamentazione dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese), non prelude ad alcuna liberalizzazione del mercato, comporta il sostegno di organismi pubblici improduttivi e non segna in alcun modo l’inizio di un’effettiva privatizzazione delle imprese. In questo senso neppure i

In tal senso si è infatti (opportunamente) rilevato, a commento della pronuncia in esame e coerentemente con quanto attraverso di essa statuito, che *“la tutela della concorrenza è certamente un principio costituzionale, ma non è un principio fondamentale, destinato a prevalere in ogni caso possibile di contrasto con altri valori costituzionalmente garantiti”*⁷⁹¹. Ciò è tanto più vero oggi, dal momento che, nell'ordinamento europeo, e in particolare nel nuovo testo dell'art. 3 del Trattato dell'Unione Europea, *la concorrenza è riconosciuta come valore strumentale rispetto a finalità complessive di benessere collettivo, che si compongono anche di altri valori, extraeconomici (pace, libertà, sicurezza, giustizia, tutela dell'ambiente, progresso sociale, parità tra uomo e donna, etc.) ed anche economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, etc.); questi valori sono tendenzialmente destinati a prevalere - in caso di insuperabile contrasto - sulla tutela della competizione fra imprese, in quanto tale*. Tutto ciò è riassunto nella formula

rimedi concorsuali delle crisi d'impresa trovano ampio spazio nelle finalità rassegnate dalla riforma e per il nuovo si continua ad attendere”. V. altresì la lettura intermedia di A.M. LEOZAPPA, *Interessi pubblici e amministrazione straordinaria dopo la legge n. 166/2008 (Variante Alitalia)*, cit., 620-621, che osserva: “la gestione può essere preordinata alla tutela di interessi *latu sensu* extra-imprenditoriali, ma solo a seguito di una ponderata valutazione degli altri interessi coinvolti sulla base della situazione economico-finanziaria e delle prospettive della impresa in amministrazione straordinaria”.

⁷⁹¹ In senso conforme, oltre alla stessa Corte Costituzionale nella pronuncia in commento [ove osserva, al par. 8, che *la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono “dall'ordinamento una protezione assoluta” e possono, quindi, subire le limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario “a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti”*» corsivo aggiunto], come anche nei precedenti di cui alla sentenza n. 279/2006 e all'ordinanza n. 162/2009, anche SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*, cit., 224, che osserva: “può, dunque, desumersi che la tutela della concorrenza, pur essendo un principio di rango costituzionale, non è tuttavia principio fondamentale, e ben può essere sacrificato in favore di altri principi e valori costituzionalmente garantiti, magari non in senso assoluto e per un tempo determinato”.

Contra, invece, GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, cit., che a proposito della sentenza in esame, osservano: “Il rischio che si intravede è duplice: da un lato si tratta di un precedente pericoloso a cui potrebbero fare seguito interventi simili in un quadro economico globale che continua a deteriorarsi, nell'equivoco che la tutela della concorrenza possa essere sacrificata rispetto ad altri interesse generali di natura sociale ed economica; dimenticandosi però che anche la tutela della concorrenza è a presidio di interessi collettivi, e non andrebbero, pertanto, ignorati, nel lungo termine, gli ingenti costi in termini di perdita di benessere collettivo discendenti dalla monopolizzazione di un mercato cui anche il monitoraggio più attento dell'autorità di concorrenza non può porre freno. Il secondo rischio consiste nel fatto che nel monitorare i comportamenti dei monopolisti l'Autorità è chiamata a svolgere un ruolo «semi-regolatorio» che non le è proprio, dovendo essa «supplire» alla capacità autocorrettiva del mercato», rinviando, in senso conforme, a FATTORI-TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 290; PALMIERI-PARDOLESI, *L'incompiuta ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*, cit.; STANGHELLINI, *Caso Alitalia e procedure concorsuali*, cit., 383 ss.; STECCHETTI-AMARETTI, *Il ventennale dell'antitrust e la Corte Costituzionale*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2010, 459; e a OLIVIERI-PEZZOLI, *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *AGE*, 2009, 116, secondo i quali “la soluzione non è allentare la vigilanza delle autorità antitrust sui comportamenti delle imprese e, men che mai, sospendere temporaneamente il controllo sulle operazioni di concentrazione, come è avvenuto nel caso Alitalia”.

della «economia sociale di mercato altamente competitiva», che connota il modello di economia che il trattato di Lisbona ha scelto per il proprio futuro»⁷⁹².

Sotto il profilo più strettamente costituzionale, costituendo la libertà di concorrenza (in)diretta manifestazione della libertà di iniziativa economica privata, essa è (chiaramente) suscettibile di limitazioni - e quindi, a monte, oggetto di un necessario «bilanciamento» degli interessi coinvolti - giustificate da ragioni di «utilità sociale» e da «fini sociali», ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost.⁷⁹³, che consentono «una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito»⁷⁹⁴, specie in un contesto generale di profonda crisi economico-finanziaria che, se non altro, dovrebbe indurre, secondo chi scrive, ad un bilanciamento più «prudente»⁷⁹⁵.

Come si è più sopra rilevato, la Consulta ha avuto modo di avallare limitazioni della concorrenza nel segno della stessa clausola di «utilità sociale», ampliata nella sua portata interpretativa al punto da ricomprendervi (anche) il perseguimento di fini essenzialmente economici (diversi, ovviamente, dalla concorrenza), qualificati però come «*interessi sociali preminenti*» o, semplicemente, come «*fini sociali*»⁷⁹⁶.

⁷⁹² Così LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit.; v. anche; ID., voce *Concorrenza*, cit., 191 ss.

⁷⁹³ In tal senso al secondo capoverso del par. 8. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁹⁴ Così al primo capoverso del par. 8.2 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit. e v. sul punto anche ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, cit., 128 e SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*, cit., 224.

⁷⁹⁵ Ma v. le osservazioni di BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 401, sopra richiamate il quale ritiene secondario l'argomento della crisi nella pronuncia in esame mentre risulta preminente la «(ri)valorizzazione dei riferimenti dell'«utilità sociale» di cui all'art. 41, co. 2, Cost. e dei «fini sociali» di cui all'art. 41, co. 3, Cost.», i quali «si raccordano senz'altro al «dovere di solidarietà politica, economica e sociale posto dall'art. 2 Cost., da un lato, e [al]la garanzia della pari dignità sociale posta dall'art. 3 Cost., dall'altro» ma sottendono altresì – come già a suo tempo evidenziato da V. Crisafulli e da C. Mortati in opposizione alla sent. n. 78/1958 – alla piena garanzia del lavoro come principio e come diritto costituzionale ex art. 4, co. 1, Cost.». Sul punto v. però, in senso critico, i rilievi di A. NUZZO, *Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa*, cit., 110, il quale, valorizzando, nel bilanciamento di interessi, anche la (trascurata) esigenza di tutela del risparmio, ex art. 47 Cost., osserva: «In Italia il modello di soluzione della crisi sembra proporre anzitutto un impegno convergente e immediato delle istituzioni alla difesa dell'occupazione. Se si tratta di proteggere il lavoro nell'impresa si forma anzi una linea di indirizzo tanto compatta da condurre – come visto, almeno nei casi Parmalat e Alitalia – ad un disinvolto uso dello strumento legislativo, solo formalmente rispettoso del principio di generalità ed astrattezza. *Non si registra una simile mobilitazione a tutela degli interessi dei risparmiatori e del mercato*» (corsivo aggiunto). V. altresì STANGHELLINI, *Caso Alitalia e procedure concorsuali*, cit., 388, secondo il quale «sorge dunque il dubbio che i lavoratori non siano tutelati in sé (altrimenti essi sarebbero *sempre* tutelati contro gli interessi dei creditori), ma sia tutelata la pace sociale, che potrebbe essere turbata da licenziamenti massicci ed improvvisi».

⁷⁹⁶ Sul punto v. DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, cit., 29, che, a proposito della sentenza Alitalia, osserva: «nel caso di specie, si deve considerare che la Consulta aveva un unico strumento per considerare le norme derogatorie del principio del libero mercato conformi all'art. 41 Cost.: dimostrare che esse fossero volte al raggiungimento di utilità o finalità sociali. Questi sono, infatti, gli unici limiti costituzionalmente ammessi alla libertà di concorrenza. [...] I Giudici costituzionali precisano che solo in

Nel caso della sentenza in esame, paradigma di tale tendenza, i «preminenti interessi generali» - costituzionalmente rilevanti e, potremmo dire, di risulta, dalla natura “mista” “social-economica” - destinati a prevalere sulla tutela della concorrenza sono stati individuati dalla Corte, come sopra rilevato, nella necessità di “*fronteggiare una situazione di gravissima crisi di un'impresa* (come dimostra la sottoposizione della medesima all'amministrazione straordinaria), *che svolgeva un servizio pubblico essenziale del quale doveva essere garantita la continuità* (circostanza, quest'ultima, espressamente condivisa dai rimettenti), *peraltro in un settore particolare, notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale*⁷⁹⁷, *meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistemiche in ulteriori comparti. Il legislatore ordinario ha dunque inteso realizzare un intervento diretto a garantirne la continuità ed a permettere la conservazione del rilevante valore dell'azienda* (costituita da una pluralità di beni e rapporti, di varia natura), *al fine di scongiurare, in tal modo, anche una grave crisi occupazionale*”⁷⁹⁸ (corsivo aggiunto).

Dai lavoratori preparatori in Parlamento “*emerge univoco l'intento di garantire la continuità del trasporto aereo su tutte le rotte nazionali, anche su quelle economicamente non convenienti, e di evitare la dissoluzione di un'impresa di rilevanti dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale. Questi interessi, sebbene attengano, prevalentemente, alla sfera economica, per le osservazioni dianzi svolte, ed in considerazione della gravità della congiuntura economica e della peculiarità del settore di riferimento, sono riconducibili alle ragioni di «utilità sociale» ed ai «fini sociali» (art. 41 Cost.) che giustificano uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'Autorità indipendente*”⁷⁹⁹ (corsivo aggiunto).

Un siffatto bilanciamento di interessi, peraltro (come rilevato dalla stessa Corte), non risulta nemmeno incoerente, in generale (*i*) con il moderno contesto fallimentare, la

questa congiuntura economica eccezionale, e per la particolarità del settore coinvolto, si può adottare un concetto così ampio di “*utilità sociale*”; di conseguenza lasciano intendere che in ogni altra eventualità le finalità meramente economiche non sono idonee a comprimere la libertà di concorrenza riconosciuta, indirettamente, dall'art. 41 Cost. e a tutela della concorrenza”.

⁷⁹⁷ Sul punto v. le considerazioni critiche di FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio*, la quale rileva, a proposito della rilevanza del settore di riferimento in cui opera Alitalia (*i.e.* quello dei servizi pubblici essenziali): “appare agevole controbattere che il medesimo servizio pubblico essenziale è offerto dagli altri operatori del settore aereo come Eurofly S.p.A. e Meridiana S.p.A., infatti lesi dalla concentrazione”.

⁷⁹⁸ Così al quinto capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁷⁹⁹ Così al sesto capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

cui riforma ha condotto al superamento della (preminente) concezione liquidatoria dell'impresa “in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda, per fini di utilità sociale (tra questi, la tutela del lavoro), conseguibile anche mediante cessioni e concentrazioni”⁸⁰⁰; (ii) con la “moderna” disciplina della concorrenza che, non differentemente dalle norme fallimentari, “tende alla conservazione (ed eventualmente alla redistribuzione) del patrimonio aziendale, poiché la sua dissoluzione inciderebbe negativamente sulle condizioni di offerta e, per questa via, sui prezzi, sulla varietà dei prodotti e sul tasso di innovazione”⁸⁰¹; più specificamente, (iii) con la fattispecie delle concentrazioni le quali fruiscono “di una disciplina complessivamente più flessibile”⁸⁰² in quanto, *inter alia*, “possono essere, in alcuni casi eccezionali, suscettibili di una valutazione che può adeguatamente tenere conto dell'esigenza di tutelare preminenti interessi generali diversi da quelli collegati all'obiettivo di garantire un assetto competitivo del mercato”⁸⁰³.

A tale ultimo proposito, la Corte, oltre a prendere in considerazione le esperienze di Paesi stranieri (come la Francia, la Germania ed il Regno Unito) e dello Stato italiano, rinviando alla norma “eccezionale” di cui all'art. 25, l. n. 287/1990, che riconosce all'AGCM, nei termini ivi indicati, il potere di autorizzare concentrazioni vietate «per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea»⁸⁰⁴, prende a riferimento, quale principale parametro interpretativo, la disciplina comunitaria, di cui, principalmente, al Regolamento 20

⁸⁰⁰ Così al settimo capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁸⁰¹ Così GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, cit., e v. OECD, *Roundtable on failing firm defense*, DAF/COMP(2009)38, Paris, 10-8-2010, 37: “the financial problems of those firms may be resolved by merging with financially healthier partners. A successful merger will prevent a failing firm's bankruptcy and retain the firm's assets in the market, which may be privately profitable not only for the stakeholders of the failing firm but also for the acquirer's shareholders, and beneficial to the competitive process and consumer welfare”.

⁸⁰² Così al secondo capoverso del par. 8.5 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁸⁰³ Così al secondo capoverso del par. 8.5 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁸⁰⁴ Cfr. il testo integrale dell'art. 25 (*Poteri del Governo in materia di operazioni di concentrazione*).

1. Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, determina in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'articolo 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti. In tali casi l'Autorità prescrive comunque le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato.

2. Nel caso delle operazioni di cui all'articolo 16 alle quali partecipano enti o imprese di Stati che non tutelano l'indipendenza degli enti o delle imprese con norme di effetto equivalente a quello dei precedenti titoli o applicano disposizioni discriminatorie o impongono clausole aventi effetti analoghi nei confronti di acquisizioni da parte di imprese o enti italiani, il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, può, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 16, comma 3, vietare l'operazione per ragioni essenziali di economia nazionale.

gennaio 2004, n. 139⁸⁰⁵, che “contiene criteri di valutazione strumentali a finalizzarla ai cosiddetti obiettivi economici del mercato unico”⁸⁰⁶.

Più precisamente, la Corte osserva che “una concentrazione valutata negativamente può, inoltre, essere ritenuta «compatibile con il mercato comune, se una delle imprese partecipanti alla concentrazione versa in stato di crisi», in base ad un apprezzamento condotto sulla scorta di criteri prestabiliti (Orientamenti, paragrafi 89-90). Peraltro, anche anteriormente al regolamento n. 139 del 2004, la circostanza che l'impresa da salvare potesse rischiare altrimenti di uscire dal mercato è stata ritenuta un fattore suscettibile di positiva valutazione”⁸⁰⁷.

Il riferimento (implicito) è alla c.d. *failing firm doctrine*, di derivazione statunitense⁸⁰⁸, che si fonda sul sillogismo per cui “se un'impresa è destinata ad uscire, in modo irrimediabile, dal mercato in cui opera in ragione del grave stato di crisi in cui versa, la sua acquisizione da parte di altra impresa, con la conseguente riduzione del numero degli operatori operante sullo stesso mercato, non incide sull'assetto concorrenziale del mercato stesso perché la riduzione di concorrenza si opererebbe comunque, anche a prescindere dall'operazione di concentrazione”⁸⁰⁹.

⁸⁰⁵ (Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese - «Regolamento comunitario sulle concentrazioni»), completato, rileva la Corte dagli «Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese».

⁸⁰⁶ Così al primo capoverso del par. 8.3 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.: al successivo paragrafo, la Corte aggiunge: “Il regolamento n. 139 del 2004 consente, in particolare, di apprezzare le eventuali efficienze generate dalle concentrazioni. La valutazione delle concentrazioni tiene conto sia dell'incidenza delle medesime sulle imprese concorrenti, sia della circostanza che, ai fini della dichiarazione di incompatibilità, rileva anche l'idoneità delle stesse a cagionare un danno ai consumatori. Il criterio di valutazione fondato sul test di efficienza «è che i consumatori non devono ritrovarsi in una situazione peggiore a seguito della concentrazione»; «a tal fine, i miglioramenti di efficienza devono essere considerevoli e tempestivi e, in linea di principio, apportare dei vantaggi ai consumatori in quei mercati rilevanti nei quali sarebbero altrimenti probabili problemi sotto il profilo della concorrenza» (Orientamenti, paragrafo 79).”.

⁸⁰⁷ Così al terzo capoverso del par. 8.3 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., ove prosegue: “Nè è mancato, nella prassi della Commissione, il rilievo che «un'autorizzazione della concentrazione subordinata a condizioni appropriate» può, eventualmente, essere «più favorevole per gli utenti di un deterioramento della struttura del mercato causato dalla potenziale cessazione delle attività» da parte di una determinata impresa, specie quando entrano in gioco interessi rilevanti non riconducibili solo e/o direttamente all'assetto concorrenziale del mercato, come ad esempio il pluralismo dell'informazione (Commissione europea, decisione del 2 aprile 2003, caso COMP/M.2876, NewsCorp/Telepiù)”.

⁸⁰⁸ Essa prende le mosse, negli Stati Uniti, dalla sentenza *International Shoe v. FTC* del 1930, 280 US 291 (1930). Osservano GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, cit., che “il passaggio più importante della opinione della Corte [su cui v. P. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Aspen, New York, 2006, Vol. IV, Ch. 9, 950 ss., e E.O. CORREIA, *Re-examining the failing company defense*, in 64 *Antitrust L.J.*, 1995, 683, 684], mettendo in risalto le ragioni per ammettere una concentrazione di crisi, sembra porre sullo stesso piano e, per così dire, combinare valutazioni antitrust e istanze estranee alla tutela della concorrenza”.

⁸⁰⁹ Così SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*, cit., 225, ma v. anche GUIZZI, *Concentrazioni tra imprese ed insolvenza (Appunti a margine del caso Alitalia)*, in *Riv. dir. comm.*, 2009,

Ebbene si è osservato che il riferimento alla *failing firm doctrine*, accolta anche nell'ordinamento comunitario⁸¹⁰, dapprima per via giurisprudenziale⁸¹¹ ed interpretativa ed in seguito anche in via legislativa⁸¹², legittimerebbe, si è sostenuto, nel nostro caso “*a fortiori* [...] ed in tutta coerenza con quanto affermato dalla Consulta [...] che laddove le imprese che versino in stato di crisi siano imprese che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, la preminenza di interessi generali diversi, quali la conservazione dei livelli occupazionali, *a priori* e a prescindere da ogni valutazione preventiva di *enforcement*, sia tale da giustificare la deroga all'art. 41 Cost. con conseguente sacrificio del principio della concorrenza”⁸¹³.

Ma più ampiamente – e prima dell'avvento della sentenza in commento – si è rilevato⁸¹⁴ che «il contesto normativo comunitario e, per il tramite del rinvio di cui all'art. 1 della L. 287/90, anche quello nazionale, sarebbero pronti a coniare un nuovo parametro di valutazione delle concentrazioni, ovvero quello dell' “*efficienza sistemica*”⁸¹⁵»⁸¹⁶ in forza del quale, nell'ambito di operazioni di concentrazione riguardanti un'impresa in crisi, “recuperare, con riferimento alla valutazione delle operazioni funzionali ad evitare l'insolvenza dell'impresa, anche quelle considerazioni attinenti ai c.d. costi sociali⁸¹⁷[.] che la stessa permetterebbe di evitare [...], tutti egualmente rilevanti e che contribuiscono a garantire il miglior funzionamento del sistema economico nel suo complesso”⁸¹⁸.

337 ss.; ID., *Concentrazioni tra imprese ed insolvenza (Appunti a margine del caso Alitalia)*, in *Mercato concorrenziale. Problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2010, 159 ss., da cui si cita.

⁸¹⁰ In tal senso SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*, cit., 225, sebbene alle condizioni dalla stessa indicate a p. 226.

⁸¹¹ V., più recentemente, le Decisioni della Commissione dell'11 luglio 2001, M. 2314, *Basf/Eurofood/Pantochim*, e del 10 maggio 2007, M. 4381, *JCI/VB/FIAMM*.

⁸¹² Cfr. i citati «Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese», in *GUCE*, C 031 del 5 febbraio 2004.

⁸¹³ Così SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*, cit., 225.

⁸¹⁴ GUIZZI, *Concentrazioni tra imprese ed insolvenza (Appunti a margine del caso Alitalia)*, cit., 177 ss.

⁸¹⁵ GUIZZI, *Concentrazioni tra imprese ed insolvenza (Appunti a margine del caso Alitalia)*, cit., 178.

⁸¹⁶ Così SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*, cit., 227.

⁸¹⁷ Che SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*, cit., 227 e spec. nt. 30, riportandosi a quelli individuati da GUIZZI, *Concentrazioni tra imprese ed insolvenza (Appunti a margine del caso Alitalia)*, cit., 178, ravvisa: “nella migliore protezione degli investimenti, nella migliore soddisfazione dei crediti, nella conservazione dell'occupazione, nella conservazione di un reddito e di una capacità di spesa che si mantiene attiva sul mercato”.

⁸¹⁸ Così GUIZZI, *Concentrazioni tra imprese ed insolvenza (Appunti a margine del caso Alitalia)*, cit., 178. V. anche le annotazioni di LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit., il quale, nell'interrogarsi sul se “se la soluzione del caso Alitalia, determinata dal legislatore, sia effettivamente incompatibile e derogatoria rispetto alla disciplina antitrust generale (come sostenevano le parti private controinteressate nel giudizio in esame, nonché alcuni commenti «a caldo» al d.l. n. 134 del 2008) o se piuttosto tale soluzione abbia il significato di prefigurare, su base normativa, un risultato che si sarebbe potuto raggiungere, negli stessi termini, anche in via amministrativa, mediante un'applicazione delle norme stesse da parte dell'autorità competente”, conclude

3. Compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi con la disciplina “comunitaria” sugli aiuti di Stato. Piano d’indagine.

Così risolto sul piano “interno” (coerentemente con la pronuncia della Consulta nel “caso Alitalia” e, prima ancora, con l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di concorrenza e limitazioni alla stessa determinate dall’«utilità sociale» e dai «fini sociali», sopra richiamate) il problema della compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi con la «tutela della concorrenza» - in una prospettiva costituzionalmente orientata - propendendo per la prevalenza (in linea con i presupposti ed i limiti tracciati dalla Consulta) delle istanze pubblicistiche che innervano tale procedura rispetto all’esigenza di «tutela della concorrenza», resta ora da sciogliere il nodo più rilevante e cioè il “test di compatibilità” della medesima procedura – nella versione delineata dal d.l. n. 134/2008, con specifico riferimento alla deroga rispetto all’autorizzazione alla concentrazione previsto dal co. 4-*quiquies* cit. - con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato.

In tal senso, però, pare opportuno muovere dalla “prima versione” della procedura di amministrazione straordinaria, giungendo solo successivamente all’esame della “variante” introdotta con il richiamato d.l. n. 134/2008, posto che, come, come si è rilevato in dottrina, “l’esame della disposizione non può, in effetti, prescindere da considerazioni che non tengano conto di quello che è lo storico *punctum dolens* delle procedure di salvataggio delle grandi imprese in crisi ovvero della intrinseca e

che “per sostenere la tesi della compatibilità del disposto del «decreto Alitalia» con le norme generali sulle concentrazioni si dovrebbe adottare una versione estensiva della failing firm doctrine che - a parte le critiche di principio sopra accennate - non sembra corrispondere al diritto vivente europeo in materia, che ammette come *extrema ratio* l’acquisizione di un’impresa insolvente da parte di un concorrente più forte, ma solo quando questa sia l’unica soluzione offerta dal mercato e sia pure accertato che, in mancanza dell’acquisizione, la clientela dell’impresa insolvente finirebbe per migrare spontaneamente verso l’impresa che ne acquisisce il controllo. Non si può dire che tali condizioni fossero state accertate nel caso Alitalia. Escluso dunque che il risultato prefigurato dal d.l. n. 134 del 2008 potesse essere conseguito mediante le norme ordinarie sulle concentrazioni, si può aggiungere che esso non si sarebbe potuto conseguire neanche mediante l’applicazione dell’art. 25 della legge antitrust. Caratteristica propria dell’art. 25 è infatti quella di prevedere una sorta di esenzione per categoria, cioè una deroga che deve essere sancita «in linea generale e preventiva». In altri termini, la deroga deve essere contenuta in un vero e proprio atto regolamentare [v. FONDERICO, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di Ubertazzi, Padova 2007, 2904 ss.; PAZZI, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di Catricalà e P. Troiano, Torino 2010, 1368.]. Probabilmente è questa una delle ragioni che spiegano il fatto che la norma sia rimasta inattuata per venti anni (in fondo è quasi paradossale che un intervento eccezionale sui mercati, quale è quello prefigurato dall’art. 25, debba essere programmato con regolamento: è una fortuna, sia detto en passant, che la disposizione sia rimasta inattuata)”.

potenziale incompatibilità al mercato europeo determinata da disposizioni che contengono aiuti di Stato seppure in forma indiretta e surrettizia”⁸¹⁹.

3.1. (Segue). L’istituzione della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. La c.d. “legge Prodi” e le relative censure mosse dalle istituzioni comunitarie. La posizione della Commissione europea.

Invero, come noto, sin dalla sua istituzione, attraverso il d.l. 30 gennaio 1979, n. 26 (convertito con modifiche nella legge 3 aprile 1979, n. 95, c.d. *legge Prodi*⁸²⁰), poi abrogato dall'articolo 109, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, c.d. *Prodi bis*⁸²¹, la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi è stata oggetto delle censure delle istituzioni comunitarie a causa dei profili di potenziale incompatibilità con la disciplina sugli aiuti di Stato (censure già in parte analizzate nel terzo capitolo del presente lavoro e che qui si intende riprendere ed approfondire).

Finalizzata primariamente, come già rilevato, a favorire la continuazione dell’attività d’impresa ed il “mantenimento dell’unità del complesso operativo al fine di preservare i livelli di occupazione e di produzione esistenti (finalità così detta conservativa)”⁸²², piuttosto che il soddisfacimento dei creditori, la versione originaria della procedura di amministrazione straordinaria si applicava alle imprese aventi da almeno un anno, un numero di addetti non inferiore a trecento, ed «una esposizione debitoria, verso istituti o aziende di credito o istituti di previdenza e di assistenza sociale»⁸²³, o società partecipate in percentuale maggioritaria dallo Stato, «superiore a cinque volte il capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato»⁸²⁴.

⁸¹⁹ FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio*, cit., 157.

⁸²⁰ In Gazz. Uff., 4 aprile, n. 94, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, concernente provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (Prodi)*.

⁸²¹ In Gazz. Uff., 9 agosto, n. 185, *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della l. 30 luglio 1998, n. 274 (Prodi bis)*.

⁸²² Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 139.

⁸²³ Cfr. l'art. 1 della *legge Prodi (Imprese soggette all'amministrazione straordinaria e norme applicabili)*, come modificato e successivamente abrogato dall'articolo 109, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

⁸²⁴ V. ancora l'art. 1 della *legge Prodi (Imprese soggette all'amministrazione straordinaria e norme applicabili)*, come modificato e successivamente abrogato dall'articolo 109, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

In prima battuta, nel 1982⁸²⁵ (quindi dopo 3 anni dall'entrata in vigore della *legge Prodi*), pur avendo (probabilmente) già individuato i profili critici della novella italiana - in merito ai quali il legislatore nazionale avrebbe poi provveduto a rimediare con l'abrogazione della *legge Prodi* medesima e l'introduzione della nuova procedura disciplinata dalla *Prodi bis* (il riferimento è in particolare "alla garanzia del tesoro per i finanziamenti concessi, alla previsione di facilitazioni fiscali e alle agevolazioni di natura contributiva"⁸²⁶) -, la Commissione si è sostanzialmente "accontentata dell'assicurazione «verbale», espressa da rappresentanti dello Stato italiano, per cui la relativa disciplina, avente natura eccezionale, ave[va] ormai esaurito le sue funzioni"⁸²⁷.

Successivamente l'esecutivo comunitario (stante la reiterata applicazione del provvedimento *de quo*, in spregio alle rassicurazioni fornite), (i) attraverso la Comunicazione E 13/1992, avviava il procedimento di cui all'allora art. 88, par. 1, Trattato CE individuando misure incompatibili, qualificate come *aiuti esistenti*, nella *legge Prodi*⁸²⁸; (ii) nel 1995 invitava il Governo italiano a notificare alla Commissione stessa tutti i casi di applicazione della *legge Prodi*, invito al quale lo Stato italiano replicava, con missiva del 9 marzo 2005, notificando "i casi per i quali era stata concessa la garanzia dello Stato, rifiutando invece di qualificare come aiuti le altre misure previste dalla legge Prodi"⁸²⁹; (iii) con lettera del 25 marzo 1997⁸³⁰ avviava il procedimento *ex art. 88, par. 2, Trattato CE*⁸³¹ avverso lo Stato italiano; (iv) con lettera

⁸²⁵ Cfr. la Decisione della Commissione del 16 maggio 2000, 2001/212/CE, parr. 1 e 2, ove si precisa: La Commissione è venuta a conoscenza nel 1982 della legge 3 aprile 1979, n. 95 "conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, contenente provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (legge n. 95/1979)". Tuttavia, non ha adottato al riguardo alcuna decisione formale ai sensi dell'articolo 88 (ex articolo 93) del trattato CE. Nel 1983, in seguito a discussioni svoltesi con le autorità italiane, la Commissione si è accontentata dell'assicurazione, espressa verbalmente, che la legge n. 95/1979 non sarebbe più stata applicata".

⁸²⁶ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 139, rinviando a BONFATTI - CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004, 365.

⁸²⁷ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 141, ma sul punto v., *amplius*, ai punti 1-17 della decisione della Commissione, 16 maggio 2000, 2001/212/CE, in *GUCE* L 79 del 17 marzo 2001, 29, nonché, in dottrina, PORCHIA, *L'esecuzione degli obblighi comunitari da parte delle autorità nazionali: il caso della legge Prodi*, in *Contr. e Impr. Europa*, 2002, 745; R. BATTAGLIA, *Aiuti di Stato e amministrazione straordinaria: la disapplicazione della legge Prodi da parte del giudice nazionale e la recente riforma*, in *Dir. fall.*, 2001, I, 420.

⁸²⁸ Cfr. la lettera del 30 luglio 1992, in *GUCE* C 395 del 31 dicembre 1994, 4. In dottrina v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 142 e nt. 15; SANTA MARIA, *EC Commercial Law*, London, The Hague, Boston, 1996, 272-273; ID., *Diritto commerciale comunitario*², Milano, 1995, 362 ss.; nonché A. BERTOLOTTI, *Non ha fine il tormentato rapporto della legge Prodi con le norme comunitarie*, in *Giur. it.*, 2001, 2092.

⁸²⁹ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 142.

⁸³⁰ In *GUCE* C 192, del 24 giugno 1997.

⁸³¹ In base al cui par. 2, prima parte: «Qualora la Commissione, dopo aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni, constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato comune a norma dell'articolo 87, oppure che tale aiuto è attuato in modo abusivo, decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato».

del 12 agosto 2009⁸³², quindi di poco successiva alle sentenze della Corte di Giustizia cc.dd. *Ecotrade* e *Piaggio*⁸³³, nel revocare le precedenti decisioni e nel ricondurre il regime di aiuti riferibile alle *legge Prodi* nella categoria degli *aiuti nuovi non notificati* (in luogo di quelli *esistenti*), dava avvio ad altro procedimento, ai sensi del par. 2 dell'art. 88 del Trattato CE, contro lo Stato italiano, conclusosi con la Decisione della Commissione del 16 maggio 2000, 2001/212/CE⁸³⁴ (su cui *infra*).

3.2. (Segue). Le sentenze della Corte di Giustizia nei casi *Ecotrade* e *Piaggio*. Incompatibilità (solo) parziale della *legge Prodi* con il mercato comune.

Poiché antecedenti rispetto alla richiamata Decisione della Commissione del 16 maggio 2000, ed in quanto espressamente considerate dall'esecutivo comunitario ai fini di tale pronuncia, pare opportuno fare previo riferimento, a beneficio dell'*iter* argomentativo, alle sentenze della Corte di Giustizia cc.dd. *Ecotrade* e *Piaggio*⁸³⁵, facendo luce sulla – da noi condivisa – attenta lettura fornita in dottrina⁸³⁶ che tende a circoscrivere la valutazione di incompatibilità della *legge Prodi* che pur emerge dalle sentenze in questione.

Riprendendo sinteticamente i passaggi cruciali delle citate sentenze, va rilevato, in primo luogo, che nella decisione sul caso *Ecotrade*, la Corte di Giustizia ha ritenuto sussistente un aiuto di Stato vietato laddove l'impresa soggetta all'amministrazione straordinaria: (a) “*è stata autorizzata a continuare la sua attività economica in circostanze in cui una tale eventualità sarebbe stata esclusa nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento*”, o (b) “*ha beneficiato di uno o più vantaggi, quali una garanzia di Stato, un'aliquota d'imposta ridotta, un'esenzione dall'obbligo di pagamento di ammende e altre sanzioni pecuniarie o una rinuncia effettiva, totale o parziale, ai crediti pubblici, dei quali non avrebbe*

⁸³² In *GUCE* C 192, del 24 giugno 1997.

⁸³³ Rispettivamente, Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907 e Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735.

⁸³⁴ In tal senso BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 142.

⁸³⁵ Rispettivamente, Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907 e Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735.

⁸³⁶ Ci si riferisce, in particolare, a BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 143 ss.; S. AMBROSINI - L. JEANTET, *La revocatoria fallimentare nelle procedure «amministrative» fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza: la questione degli aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 198; A. BERTOLOTTI, *Non ha fine il tormentato rapporto della legge Prodi con le norme comunitarie*, cit., 2094.

potuto usufruire un'altra impresa insolvente nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento”⁸³⁷ (corsivo aggiunto).

Alla luce di tali precisazioni, si è (opportunamente) osservato che *la Corte “non ha ritenuto che la legge Prodi integrasse di per sé un aiuto di Stato*. Al contrario, essa ha affermato che ciò si verifica soltanto quando la collocazione in amministrazione straordinaria e la continuazione dell'attività economica dell'impresa abbiano effettivamente comportato un onere supplementare per lo Stato rispetto a quanto sarebbe derivato dall'applicazione delle disposizioni ordinarie in materia di fallimento. Si tratta di una valutazione su fatti concreti che, come tale, spetta al giudice nazionale”⁸³⁸ (corsivo aggiunto).

Al precedente rappresentato da *Ecotrade* fa seguito la sentenza *Piaggio*, nella quale la Corte precisa che: “qualora sia dimostrato che un regime come quello istituito dalla legge n. 95/79 è idoneo, di per sé, a generare la concessione di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 92 (oggi 87), n. 1, del Trattato, detto regime non può essere attuato se non è stato notificato alla Commissione e, in caso di notifica, prima di una decisione della Commissione che riconosca la compatibilità del progetto di aiuto con il mercato comune o, se la Commissione non adotta alcuna decisione entro due mesi a decorrere dalla notifica, prima della scadenza di tale termine”.

Anche all'esito di tale ulteriore chiarimento della Corte di Giustizia, si sono avvicendati due orientamenti interpretativi, tanto in dottrina, quanto nella stessa giurisprudenza di rinvio⁸³⁹.

Infatti, da un lato il Tribunale di Genova⁸⁴⁰, dal quale provenne l'ordinanza di rimessione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia nella causa *Piaggio*, ha ritenuto che “la contrarietà al Trattato travolgesse *in toto* l'applicabilità della legge Prodi”⁸⁴¹, mentre in realtà, si è rilevato in dottrina, che “al contrario, dall'esame dell'intero testo della sentenza *Piaggio*, emerge che la Corte di giustizia ha inteso ribadire la decisione

⁸³⁷ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907, spec. al punto 43.

⁸³⁸ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 143, ed in senso conforme S. AMBROSINI - L. JEANTET, *La revocatoria fallimentare nelle procedure «amministrative» fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza: la questione degli aiuti di Stato*, cit., 198; A. BERTOLOTTI, *Non ha fine il tormentato rapporto della legge Prodi con le norme comunitarie*, cit., 2094.

⁸³⁹ Su cui v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 143 ss.

⁸⁴⁰ Ed in senso conforme, in dottrina, v. G. TARZIA, *Disapplicazione della legge Prodi per contrasto con la disciplina comunitaria*, in *Fallimento*, 2000, 517; STAUNOVO POLACCO, *La «Legge Prodi» dopo la decisione della Commissione CE 16 maggio 2000 e gli altri provvedimenti degli organi comunitari*, in *Fallimento*, 2001, 469; G. COSTATO, *La legge Prodi e la Corte giust.*, in *Studium iuris*, 2001, 156, nonché, già in precedenza, APPIANO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e regole comunitarie in materia di aiuti di Stato*, cit., 1996, 751 ss.

⁸⁴¹ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 144.

resa nel caso *Ecotrade*, nel senso che essa non ha censurato in sé e per sé la l. 95/79, ma *soltanto quelle singole disposizioni che, nel caso concreto, comportassero un onere supplementare per lo Stato*”⁸⁴², come sarebbe confermato, peraltro, dalla stessa sentenza in particolare nel seguente passaggio: (solo) “*se fosse effettivamente dimostrato che lo Stato o enti pubblici figurano tra i principali creditori dell'impresa in difficoltà, dato che quest'ultima è, per ipotesi, debitrice di somme rilevanti*”⁸⁴³ (corsivo aggiunto).

Dall'altro lato, differentemente, la Corte di Cassazione, giudice del rinvio nella causa *Ecotrade*, pur non potendo pronunciarsi, nel giudizio di legittimità, sul merito della questione, ha però escluso l'ipotesi della disapplicazione *in toto* della legge Prodi, suggerendo una valutazione “*case by case*” ove ha osservato che “al fine di verificare se nel decreto di ammissione a tale procedura può essere individuato un «aiuto» di Stato vietato [...] e di procedere all'eventuale disapplicazione del decreto stesso, il giudice di merito deve accertare le condizioni che hanno determinato l'assoggettamento dell'impresa alla procedura, esaminare il decreto e gli atti conseguenti che hanno previsto vantaggi per l'impresa, comparare gli effetti dell'amministrazione straordinaria con quelli che sarebbero derivati dal fallimento se l'impresa stessa vi fosse stata assoggettata”⁸⁴⁴.

3.3. (Segue). La decisione della Commissione europea del 16 maggio 2000 concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà. Ulteriore conferma della incompatibilità (solo) parziale della legge Prodi con il mercato comune. Necessaria distinzione fra misure generali e misure selettive.

Nella propria decisione del 16 maggio 2000, la Commissione, coerentemente con i richiamati rilievi della Corte di Giustizia e la lettura da noi condivisa, ha precisato che

⁸⁴² Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 144, ed in senso conforme v. MONTANARI, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 472, nota critica a Trib. Genova 15 novembre 1999; nonchè S. AMBROSINI - L. JEANTET, *La revocatoria fallimentare nelle procedure «amministrative» fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza: la questione degli aiuti di Stato*, cit., 200; A. BERLOTTI, *Non ha fine il tormentato rapporto della legge Prodi con le norme comunitarie*, cit., 2094.

⁸⁴³ Cfr. Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735, punto 40, e Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907, punto 41.

⁸⁴⁴ Così Cass. 11 settembre 1999, n. 9681, in *Fallimento*, 2000, 503. Sul punto v. *amplius* BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 144-145.

“la legge n. 95/1979 rinvia per vari aspetti alla legge italiana sul fallimento⁸⁴⁵ e, laddove prevede l'applicazione in condizioni non derogatorie ai meccanismi di quest'ultima, tali meccanismi e procedure si configurano come misure generali prive di qualsiasi carattere selettivo. Tale legge prevede invece applicazioni particolari, che comportano la concessione di taluni vantaggi specifici e che implicano risorse pubbliche, a favore di beneficiari individuabili; in simili casi, essa configura un regime di aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE”⁸⁴⁶.

Pertanto, a conferma della opportunità di escludere una disapplicazione *in toto* della *legge Prodi* e quindi una illegittimità *ex se* della medesima con l'ordinamento comunitario, occorre distinguere, nell'ambito delle previsioni della stessa legge, le *misure di carattere generale*, come tali legittime, e le *misure di carattere selettivo*, incompatibili, come tali, con il mercato comune⁸⁴⁷.

In tale ultima categoria, in linea con il *decisum* della Corte nelle richiamate pronunce sul tema, si iscrive in primo luogo la “*decisione che colloca l'impresa in difficoltà in amministrazione straordinaria e l'autorizza a continuare la sua attività*. La Corte ha stabilito che le decisioni in materia del ministro dell'Industria, anche supponendo che siano adottate tenendo conto del meglio degli interessi dei creditori e, in particolare, delle possibilità di valorizzazione dell'attivo dell'impresa, sono anch'esse influenzate, come il governo italiano ha esso stesso ammesso, dalla preoccupazione di salvaguardare, per considerazioni di politica industriale nazionale, l'attività economica dell'impresa. Pertanto, *il regime che autorizza la prosecuzione dell'attività, può collocare le imprese alle quali esso si applica in una situazione più favorevole rispetto ad altre in quanto consente la continuazione della loro attività economica in circostanze in cui una tale eventualità sarebbe esclusa nell'ambito di applicazione delle norme ordinarie in materia di fallimento*, poiché quest'ultime tengono conto in maniera determinante della tutela degli interessi dei creditori. *Tenuto conto della categoria delle imprese cui si riferisce la normativa in questione e dell'estensione del potere discrezionale di cui gode il ministro, è soddisfatta la condizione di specificità*. La Corte ha infine sottolineato che, *tenuto conto del rango prioritario dei crediti collegati alla continuazione dell'attività economica, l'autorizzazione a continuare quest'ultima, potrebbe comportare un onere supplementare per i poteri pubblici se fosse*

⁸⁴⁵ Regio decreto del 16 marzo 1942 n. 267 (legge sul fallimento).

⁸⁴⁶ Così la Commissione nella Decisione del 16 maggio 2000 *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*, cit., par. 50.

⁸⁴⁷ V. sul punto anche BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 146.

effettivamente dimostrato che lo Stato o enti pubblici figurano tra i principali creditori dell'impresa in difficoltà, dato che quest'ultima è, per ipotesi, debitrice di somme rilevanti”⁸⁴⁸.

Sempre alla medesima categoria delle *misure selettive*, come tali incompatibili con il mercato comune, appartengono le seguenti, produttive di vantaggi illegittimi:

- “- la *concessione della garanzia* [statale] ai sensi dell'articolo 2 bis della legge n. 95/1979,
- l'estensione del *divieto e della sospensione di qualsiasi azione esecutiva individuale* ai debiti di natura fiscale e alle penalità, interessi e maggiorazioni in caso di ritardo nel pagamento dell'imposta sulle società,
- l'*esenzione dall'obbligo di pagamento* delle ammende e sanzioni pecuniarie in caso di mancato pagamento dei contributi sociali,
- l'applicazione di un'*aliquota preferenziale* in caso di trasferimento totale o parziale dell'impresa”⁸⁴⁹, (corsivo aggiunto).

Alla luce di quanto sopra, nel dispositivo della decisione, la Commissione ha ritenuto “il regime in questione [...] incompatibile con il mercato comune”.

Tuttavia, considerato che “il regime di cui alla legge n. 95/1979 è stato infine abrogato mediante decreto legislativo n. 270/1999”, l'esecutivo comunitario ha altresì statuito che “non vi è motivo di ingiungere all'Italia di procedere al recupero presso le imprese beneficiarie degli aiuti concessi”, in ossequio al principio del legittimo affidamento⁸⁵⁰.

Ad ogni modo, si è osservato che la richiamata dichiarazione di incompatibilità “è stata da taluno intesa come una condanna di tutta la disciplina prevista dalla legge Prodi, senza eccezioni”⁸⁵¹. Ma tale conclusione non si giustifica alla luce della motivazione

⁸⁴⁸ Così la Commissione nella Decisione del 16 maggio 2000 *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*, cit., par. 53.

⁸⁴⁹ Così la Commissione nella Decisione del 16 maggio 2000 *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*, cit., par. 54.

⁸⁵⁰ Cfr. il dispositivo della Decisione della Commissione del 16 maggio 2000 *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*, cit., e BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 147.

⁸⁵¹ STAUNOVO POLACCO, *La «Legge Prodi» dopo la decisione della Commissione CE 16 maggio 2000 e gli altri provvedimenti degli organi comunitari*, cit., 464. In giurisprudenza v. Trib. Genova, 15 novembre 1999, cit.; Trib. Trieste, 8 aprile 2001, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, 732; Trib. Trieste, 2 maggio 2001, in *Fallimento*, 2001, 1167, con nota di A. CAVALAGLIO, «*Requiem per la Prodi: ...e adesso?*», 1168; Trib. Trieste, 14 gennaio 2002, in *Fallimento*, 2002, 441, con nota di G. TARZIA, *Il regime transitorio della nuova legge sull'amministrazione straordinaria al vaglio della Corte giust. CE*, 450; Trib. Padova, 28 giugno 2002, in *Fallimento*, 2003, 645, con nota di R. LAMANNA, *Incompatibilità tra il «regime di aiuti di Stato» introdotto dall'ex «legge Prodi» e la normativa comunitaria: disapplicazione ed effetti conseguenti*, 647; cfr. altresì, a vario titolo nonché pur su diverso profilo ma aderendo al medesimo assunto di base, Trib. Genova, 6 aprile 2001, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, 732;

della stessa decisione⁸⁵², specie in relazione a quei passaggi in cui la Commissione ha circoscritto l'oggetto della propria valutazione e ha distinto tra misure generali, coerenti con i principi in materia fallimentare e come tali legittime, da quelle applicazioni *particolari* che configurano invece un regime di aiuto vietato. [...] Una volta esclusa la disapplicazione dell'intera l. 95/79, si tratta di individuare le disposizioni di quella legge che, nell'interpretazione della Commissione e della Corte, non configurino misure di aiuto e di preservare l'applicabilità di quegli istituti, propri della procedura di amministrazione straordinaria, che non costituiscano deroghe alle disposizioni generali in materia di fallimento”⁸⁵³.

Pertanto, mentre le *misure* considerate *di carattere selettivo* dalla Commissione (e precedentemente descritte) sono senz'altro qualificabili come aiuti di Stato e pertanto vietate - ma rispetto alle quali, occorre precisare, lo Stato italiano è intervenuto, in ossequio alle censure comunitarie, abrogando la *legge Prodi* e coniando la “nuova” procedura di cui alla *Prodi bis*, rispetto alla quale non sussistono dubbi di compatibilità – a titolo esemplificativo, si può rilevare che l'istituto della revocatoria fallimentare, per come disciplinato dalla *legge Prodi*, è stato invece valutato favorevolmente dalla Corte di Giustizia (nella sentenza c.d. *Piaggio*), che ne ha riconosciuto esplicitamente “il carattere non selettivo, ma comune all'ordinaria procedura fallimentare”⁸⁵⁴.

Tribunale di Trieste, 14 gennaio 2002, cit.; Trib. Genova, 31 maggio 2003, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Liquidazione coatta amministrativa*, n. 68; App. Venezia, 26 giugno 2003, in *Fallimento*, 2004, 566; App. Trieste, 10 febbraio 2004, cit.

⁸⁵² Cfr. Corte di Giustizia, 15 maggio 1997, causa C-355/95 P, *TWD c. Commissione*, in *Racc.*, I-2549, punto 21, ove ha precisato che “il dispositivo di un atto è indissociabile dalla sua motivazione e va pertanto interpretato, se necessario, tenendo conto dei motivi che hanno portato alla sua adozione”.

⁸⁵³ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 147-148 ed i relativi riferimenti in nota. In senso conforme v. A. BERTOLOTTI, *Non ha fine il tormentato rapporto della legge Prodi con le norme comunitarie*, cit., spec. 2094-2096 e, in giurisprudenza, Trib. Torino 22 giugno 2000, in *Fallimento*, 2001, 691, con nota di R. DE GIOIA - CARABELLESE, *Compatibilità della legge fallimentare con la disciplina comunitaria*, 694; Trib. Torino 7 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2001, 776; Trib. Torino 11 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1304; Trib. Torino 31 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2000, 484; Trib. Torino, 22 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 787; App. Torino, 23 maggio 2002 e App. Torino, 12 febbraio 2002, in *Giur. comm.*, 2002, I, 351, con nota di L. JEANTET, «*Legge Prodi*»: aiuto di Stato integrale ed effettivo ovvero parziale? Il dibattito prosegue, 359. Cfr. altresì, a vario titolo, Trib. Bologna, 8 febbraio 2001, Trib. Piacenza, 17 gennaio 2001 e App. Venezia, 12 marzo 2001, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, 733 ss., con nota di R. VIGO e E. MACRÌ; Trib. Piacenza, 9 luglio 2001, in *Giur. it.*, 2001, p. 2092, con nota di A. BERTOLOTTI, cit.; App. Bari, 30 gennaio 2002, in *Fallimento*, 2002, 1141; Trib. Milano, 19 marzo 2003, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Liquidazione coatta amministrativa*, n. 64. Più recentemente, v. altresì, Cass., 19 marzo 2004, n. 5561, in *Foro it. Mass.*, 2004, 405; e Cass., 21 settembre 2004, n. 18915, in *Foro it.*, 2004, I, 3310 ss. ed in *Fallimento*, 2005, 261 ss., con nota critica di A. CAVALAGLIO, 264 ss.

⁸⁵⁴ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 153, rinviando alla sentenza della Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735, punto 26 ed alle conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 4 marzo 1999, causa *Piaggio*, in *Racc.*, 1999, I-3735, punto 22: “L'inefficacia dei pagamenti fatti durante questo periodo (e cioè, durante il periodo «sospetto») non ha niente a che vedere con il regime - ordinario o straordinario - del fallimento, giacché si tratta di una misura generale, nota nella maggior parte degli ordinamenti concorsuali. La

3.4. (Segue). Ulteriori argomenti a sostegno della incompatibilità (solo) parziale della legge Prodi con il mercato comune. Necessaria incidenza delle misure sul bilancio statale ai fini della dichiarazione di incompatibilità.

Più precisamente, intendiamo aderire alla prospettiva, parimenti efficace e condivisibile - che in parte ci consente di anticipare le valutazioni di compatibilità con il mercato comune (non solo, pacificamente, del D.lgs. n. 279/1999, c.d. *Prodi bis*, ma anche) della successiva legge Marzano e, altrettanto, della “variante Alitalia” della procedura di amministrazione straordinaria, introdotta con d.l. 134/2008, con specifico riferimento al comma 4-*quinquies* cit., che svolgeremo in seguito – che, criticando l’orientamento del Tribunale di Genova sulla totale disapplicazione della legge Prodi, pone l’accento sulla necessità (coerentemente con la giurisprudenza comunitaria⁸⁵⁵) di *limitare la valutazione di compatibilità alle sole misure che incidano sul bilancio statale*: “l’ipotesi adombrata dalla pronuncia genovese secondo cui una procedura concorsuale “autonoma ed eccezionale, caratterizzata essenzialmente dal fatto di mirare alla continuazione dell’attività produttiva dell’impresa disestata, sottraendola a questo scopo all’esito “naturale” del fallimento” costituirebbe sempre e comunque un aiuto di Stato concesso ai beneficiari, idoneo a falsare la concorrenza e vietato dagli artt. 87 e 88 del Trattato CE, non è condivisibile”⁸⁵⁶.

Invero, qualora si condividesse in termini generali tale affermazione, ciò significherebbe ritenere incompatibile con il mercato comune – *quod non* - qualsiasi procedura diretta al risanamento, e così – riportandoci al contesto normativo dell’epoca - anche l’amministrazione straordinaria “emendata” (proprio in ossequio alle censure

dichiarazione di inefficacia di tali pagamenti è, quindi, del tutto estranea alle peculiarità dell’amministrazione straordinaria previste dalla legge speciale italiana”.

⁸⁵⁵ Abbiamo infatti in precedenza richiamato le osservazioni di DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314, che rinvia al “costante orientamento seguito dalla giurisprudenza, secondo cui il vantaggio all’impresa beneficiaria, qualunque ne sia la forma, deve comunque corrispondere ad un onere finanziario a carico dell’ente erogatore. Non basta perciò che la misura in esame comporti un vantaggio per determinate imprese rispetto alle altre, ma occorre anche che tale vantaggio sia la contropartita di un onere che l’ente pubblico subisce” (corsivo aggiunto). Tale soluzione è altresì confermata dalla stessa Corte di Giustizia nella celebre pronuncia c.d. *Sloman Neptune* [Corte di Giustizia, 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, c.d. *Sloman Neptune*, in *Racc.*, 1993, I-887, punto 19] ove osserva: “solo i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali vanno considerati aiuti ai sensi dell’ art. 92, n. 1, del Trattato. Invero, emerge dal tenore stesso di questa disposizione e dalle regole procedurali dettate dall’ art. 93 del Trattato che *i vantaggi concessi con mezzi diversi dalle risorse statali esulano dall’ ambito di applicazione di queste disposizioni*” (corsivo aggiunto).

⁸⁵⁶ Così MONTANARI, *Ammissione all’amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 472 ss., nota critica a Trib. Genova 15 novembre 1999.

comunitarie) con il D. Lgs. n. 270/99, c.d. *Prodi bis*, che mira alla ristrutturazione o cessione dei complessi aziendali, con finalità di salvaguardia, in primo luogo dei valori occupazionali: avallare un tale orientamento – oggi – vorrebbe dire porsi controcorrente ed in (aperto) conflitto rispetto ai successivi sviluppi (i) sia del contesto fallimentare, la cui riforma – come osservato - ha condotto al superamento della (preminente) concezione liquidatoria dell'impresa “in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda, per fini di utilità sociale (tra questi, la tutela del lavoro), conseguibile anche mediante cessioni e concentrazioni”⁸⁵⁷; (ii) sia della “moderna” disciplina della concorrenza che, non differentemente dalle norme fallimentari, “tende alla conservazione (ed eventualmente alla redistribuzione) del patrimonio aziendale, poiché la sua dissoluzione inciderebbe negativamente sulle condizioni di offerta e, per questa via, sui prezzi, sulla varietà dei prodotti e sul tasso di innovazione”⁸⁵⁸.

Per di più, al fine di accogliere la suddetta affermazione di principio, “si dovrebbe leggere la nozione di "aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma" contenuta nell'art. 87 del Trattato di Roma [oggi 107 TFUE] come comprensiva di due ipotesi alternative anziché complementari; occorrerebbe - in altre parole - dimostrare che essa si riferisce anche agli aiuti disposti dallo Stato senza oneri a suo carico, sotto forma di privilegio rispetto al diritto comune, e non soltanto a quelli che gravano sul bilancio pubblico, direttamente o indirettamente (perché erogati da soggetti formalmente autonomi)”⁸⁵⁹.

Viceversa già al tempo, la medesima dottrina rilevava che “la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, pur flessibilmente pragmatica, ha invece da tempo imboccato la via opposta, affermando che *solo i vantaggi accordati direttamente o indirettamente con risorse dello Stato sono qualificabili come aiuti*⁸⁶⁰. Anche gli

⁸⁵⁷ Così al settimo capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁸⁵⁸ Così GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, cit., e v. OECD, *Roundtable on failing firm defense*, DAF/COMP(2009)38, Paris, 10-8-2010, 37: “the financial problems of those firms may be resolved by merging with financially healthier partners. A successful merger will prevent a failing firm's bankruptcy and retain the firm's assets in the market, which may be privately profitable not only for the stakeholders of the failing firm but also for the acquirer's shareholders, and beneficial to the competitive process and consumer welfare”.

⁸⁵⁹ Così MONTANARI, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 472 ss., nota critica a Trib. Genova 15 novembre 1999.

⁸⁶⁰ Ed in tal senso si rinvia a Corte di Giustizia, 24 gennaio 1978, causa C-82/77, *Pubblico ministero del Regno dei Paesi bassi c. van Tiggele*, in *Racc.*, I, 1978, 25; Corte di Giustizia, 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun AG c. Bodo Ziesemer*, in *Racc.*, I, 1993, 887; Corte di Giustizia, 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Petra Kirsammer Hack c. Nurhan Sidal*, in *Racc.*, I, 1993, 6185. V., *contra*, precedentemente, e a vario titolo, Corte di Giustizia, 30 gennaio 1985, causa C-290/83, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Racc.*, I, 1985, 439; Corte di Giustizia, 2 febbraio 1988, cause C-67, 68 e 70/85, *Van der Kooy BV et. al. c. Commissione et. al.*, in *Racc.*, I, 1988, 219, nonché, in dottrina, ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, cit. 164 ss.

Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà elaborati dalla Commissione europea contengono del resto un elenco di aiuti comprensivo soltanto delle forme onerose per gli erari pubblici (punto 14)^{861,862}.

Pertanto, prendendo a riferimento proprio la sentenza c.d. *Piaggio* dalla quale il Tribunale di Genova avrebbe inteso dedurre la necessaria disapplicazione *in toto* della legge Prodi, dal passaggio (richiamato dalla Commissione nella propria decisione) in cui si osserva che “tenuto conto del rango prioritario dei crediti collegati alla continuazione dell'attività economica, l'autorizzazione a continuare quest'ultima, potrebbe comportare un onere supplementare per i poteri pubblici [solo] *se fosse effettivamente dimostrato che lo Stato o enti pubblici figurano tra i principali creditori dell'impresa in difficoltà*, dato che quest'ultima è, per ipotesi, debitrice di somme rilevanti”⁸⁶³, se ne dovrebbe in realtà (correttamente) inferire, come opportunamente rilevato in dottrina, che «*non basta quindi, secondo la Corte di giustizia, che la procedura d'amministrazione straordinaria possa essere vista come un privilegio rispetto al diritto fallimentare "comune" per bollarla come aiuto di Stato; occorre, ulteriormente, che nel singolo caso concreto un ente pubblico sia tra i principali creditori e sopporti il costo della continuazione dell'esercizio dell'impresa in termini di decurtazione percentuale del suo credito a causa della maturazione di debiti della massa*. Pur ammettendo che la legge Prodi e, benché in minor misura, il nuovo decreto legislativo n. 270/1999 prevedano la prosecuzione dell'esercizio delle grandi imprese insolventi in condizioni in cui il fallimento avrebbe consentito ai creditori anteriori una maggiore percentuale di realizzo, ciò non costituisce ancora un aiuto di Stato. Occorrerà anzitutto che un ente pubblico sia tra i maggiori creditori e si possa ragionevolmente prevedere che dall'ammissione alla procedura speciale deriverà un danno per i creditori anteriori. Si dovrà poi provare che l'entità del sacrificio per i creditori pubblici è superiore alla soglia d'irrelevanza comunitaria per gli aiuti di Stato, eccedendo la regola de minimis [...]. Saranno dunque necessari complessi calcoli prognostici per dimostrare che l'ammissione alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, sia secondo

⁸⁶¹ In GUCE n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2.

⁸⁶² Così MONTANARI, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, cit.

⁸⁶³ Così la Commissione nella Decisione del 16 maggio 2000 *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*, cit., par. 53, rinviando a Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735, punto 40, e Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907, punto 41.

la vecchia legge Prodi, sia secondo il d.lgs. n. 270/1999, costituisce di per sé un aiuto di Stato vietato dal Trattato di Roma. È lecito immaginare, peraltro, che nella maggioranza dei casi questa prova non risulterà raggiunta»⁸⁶⁴.

3.5. (Segue). Pacifica compatibilità del D. Lgs. n. 270/99, c.d. *Prodi bis*, con il mercato comune. Prime considerazioni a proposito della compatibilità della c.d. *legge Marzano*.

Sulla scorta della valutazione, condivisa dallo Stato italiano, per cui le c.d. *misure selettive* contenute nella *legge Prodi* fossero effettivamente tali da configurare degli aiuti di Stato (vietati)⁸⁶⁵, nell'ambito di quella che è stata definita il frutto della "negoziiazione della Commissione con lo Stato italiano"⁸⁶⁶, il legislatore ha introdotto, attraverso il D. Lgs. n. 270/1999⁸⁶⁷, una nuova versione dell'amministrazione straordinaria, c.d. *Prodi bis*, "epurata" delle misure censurate dalle istituzioni comunitarie, proprio al fine di conseguire la valutazione di compatibilità.

Invero, a ridosso della promulgazione del richiamato decreto, si osservava che "per il futuro, nel vigore del d.lgs. n. 270/1999, la principale forma di agevolazione fonte di potenziali conflitti col diritto comunitario sarà la garanzia dello Stato per i debiti che le imprese in amministrazione straordinaria contraggono con istituzioni creditizie per il finanziamento della gestione corrente e per la riattivazione ed il completamento di impianti, immobili ed attrezzature industriali (art. 2- bis della legge 3 aprile 1979, n. 95, mantenuto in vigore dall'art. 1091, lett. a) del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270). In quest'ipotesi il Governo italiano ha sempre ammesso la configurabilità di un

⁸⁶⁴ Così MONTANARI, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, cit.

⁸⁶⁵ Ed in tal senso rinviamo alla richiamata Decisione della Commissione del 16 maggio 2000 *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*, cit., par. 54, ove vengono ricondotte alla categoria delle *misure selettive*, come tali incompatibili con il mercato comune, le seguenti, produttive di vantaggi illegittimi:

- la concessione della garanzia [statale] ai sensi dell'articolo 2 bis della legge n. 95/1979,
- l'estensione del divieto e della sospensione di qualsiasi azione esecutiva individuale ai debiti di natura fiscale e alle penalità, interessi e maggiorazioni in caso di ritardo nel pagamento dell'imposta sulle società,
- l'esenzione dall'obbligo di pagamento delle ammende e sanzioni pecuniarie in caso di mancato pagamento dei contributi sociali,
- l'applicazione di un'aliquota preferenziale in caso di trasferimento totale o parziale dell'impresa" (corsivo aggiunto).

⁸⁶⁶ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 155.

⁸⁶⁷ In Gazz. Uff., 9 agosto, n. 185, *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della l. 30 luglio 1998, n. 274 (Prodi bis)*.

aiuto di Stato, impegnandosi a notificare tali provvedimenti alla Commissione⁸⁶⁸. In questa linea, oggi gli artt. 55, 58 e 101 del d.lgs. n. 270/1999 prevedono espressamente che il programma assistito da garanzia dello Stato o che contempli il ricorso a finanziamenti o agevolazioni pubbliche, deve conformarsi agli orientamenti comunitari per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà ed essere preventivamente approvato dalla Commissione. *Non v'è dubbio, perciò, che la nuova legge sull'amministrazione straordinaria sfugge a censure d'illegittimità comunitaria*⁸⁶⁹ (corsivo aggiunto).

Tuttavia, come in precedenza rilevato, all'introduzione del D. Lgs. n. 270/1999, c.d. *Prodi bis*, segue, pochi anni dopo, in occasione del c.d. crack Parmalat, l'avvento di una ulteriore nuova "versione" della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi(ssime) imprese in crisi, i.e. la c.d. *legge Marzano* (dal nome del Ministro delle Attività produttive in carica proponente), legge 18 febbraio 2004 n. 39, che ha convertito in legge il d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003 recante "*Misure urgenti per la ristrutturazione di grandi imprese in stato di insolvenza*".

Si è rilevato in dottrina – in linea con l'opinione espressa dall'allora Commissario alla concorrenza Prof. Mario Monti, nel comunicato stampa del 29 gennaio 2004⁸⁷⁰, il quale propendeva, alla luce delle novità introdotte dalla *legge Marzano*, per la compatibilità della stessa con la disciplina sugli aiuti di Stato – che "gli obiettivi della legge Marzano, indicati nella *Relazione* accompagnatoria, sono quelli di consentire un avvio ed uno svolgimento più rapido delle procedure di insolvenza delle imprese di dimensioni particolarmente rilevanti; di garantirne, quindi, una efficace ristrutturazione e di perseguire, insieme all'interesse dei creditori, la conservazione dell'avviamento e della posizione di mercato della medesima impresa. *Essa ricalca per molti aspetti la legge Prodi-bis e non dovrebbe, pertanto, in relazione ad essi, contenere elementi che configurino un regime di aiuti vietato ai sensi dell'art. 87, par. 1*"⁸⁷¹ (corsivo aggiunto).

Altresì, si è osservato che "la Commissione nei già citati *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà* del 2004, ha indicato che un aiuto per la ristrutturazione, per essere autorizzato, deve essere

⁸⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735, punto 20, e Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907, punto 21.

⁸⁶⁹ Così MONTANARI, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, cit.

⁸⁷⁰ Memo/04/19 del 29 gennaio 2004, reperibile all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>

⁸⁷¹ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 155-156 e in giurisprudenza, in senso conforme, TAR Lazio, 12 luglio 2004, n. 6805 e TAR Lazio, 16 luglio 2004, n. 6998, entrambe in *Foro it.*, 2004, III, 615 ss. con nota di M. FABIANI.

subordinato alla realizzazione di un piano di durata limitata che deve essere approvato dalla Commissione ed essere posto sotto il controllo continuativo della stessa sulla base di relazioni regolari e particolareggiate, inviate dallo Stato membro. Un'ulteriore condizione alla quale gli *Orientamenti* e la decisione della Commissione del 2000, sembrano subordinare la concessione della deroga, con specifico riferimento alle grandi imprese, è la necessità che lo Stato provveda ad una notifica *individuale* degli aiuti alla Commissione. Infatti, la Commissione ha escluso la possibilità di autorizzare regimi generali di aiuto a fini di salvataggio o ristrutturazione se non nel caso di piccole e medie imprese. *Con la notifica individuale, in conclusione, anche nell'ipotesi in cui le misure previste nel programma di ristrutturazione fossero qualificate dalla Commissione quali aiuti di Stato, esse potrebbero beneficiare della deroga nel senso sopra enunciato*⁸⁷² (corsivo aggiunto).

3.6. (Segue). La disciplina dell'azione revocatoria nella c.d. legge Marzano. La sentenza della Corte Costituzionale del 21 aprile 2006, n. 172 e le conferme in ordine alla compatibilità sul piano "interno" e "comunitario".

Merita di essere pur brevemente analizzata, prima di rassegnare alcune considerazioni conclusive (e di sistema) in ordine alla compatibilità con il mercato comune della c.d. *legge Marzano* (e, conseguentemente, del comma 4-*quinquies*, cit. della "variante Alitalia"), la questione inerente la disciplina dell'azione revocatoria nella *legge Marzano*, ammessa – diversamente dalla *Prodi bis*⁸⁷³ che ne limitava l'esperibilità nell'esclusivo ambito di esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali – «anche nel caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione, purchè si traduca[...] in un vantaggio per i creditori»⁸⁷⁴.

⁸⁷² Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 156, che precisa ulteriormente: "nessun problema, invece, dovrebbe porsi qualora fosse scelta la strada alternativa a quella del programma di ristrutturazione, vale a dire la via della cessione dei complessi aziendali, ex art. 27, secondo comma, lett. a) d. lgs. 270/99. In tale caso, infatti non sarebbe necessaria la notifica alla Commissione del programma all'uopo predisposto dal commissario straordinario".

⁸⁷³ Cfr. art. 49, co. 1, D. Lgs. n. 270/99, ove statuisce: «Le azioni per la dichiarazione di inefficacia e la revoca degli atti pregiudizievoli ai creditori previste dalle disposizioni della sezione III del capo III del titolo II della legge fallimentare possono essere proposte dal commissario straordinario soltanto se è stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali, salvo il caso di conversione della procedura in fallimento».

⁸⁷⁴ Cfr. il co. 1 dell'art. 6 del d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003, convertito nella legge 18 febbraio 2004 n. 39: «Il commissario straordinario può proporre le azioni revocatorie previste dagli articoli 49 e 91 del decreto legislativo n. 270 anche nel caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione, purchè si traducano in un vantaggio per i creditori», così modificato dalla legge di

L'esame di tale questione ci consente, in primo luogo, di sottoporre la *legge Marzano*, preventivamente, ad un "test" di "resistenza" sul fronte "interno", per poi concentrarci sulla compatibilità della stessa a livello "comunitario".

Invero, nei giudizi di revocatoria relativi all'amministrazione straordinaria del Gruppo Parmalat sono state sollevate alcune eccezioni pregiudiziali di incompatibilità della richiamata previsione con l'ordinamento comunitario (in ragione della configurabilità di un aiuto di Stato vietato, violazione degli artt. 3 e 10 Trattato CE e potenziale idoneità di tale regime a favorire la realizzazione di pratiche abusive illecite ex art. 82 del Trattato CE) nonché di illegittimità della stessa disposizione rispetto agli artt. 3 e 41 della nostra Costituzione, per violazione – evidentemente – del principio di uguaglianza e di libertà di concorrenza.

Con riferimento a queste ultime, il Tribunale di Parma, investito della questione, ritenendo – in senso contrario all'orientamento dominante⁸⁷⁵ – la pregiudiziale costituzionale prevalente (in ordine di priorità) su quella comunitaria, si è pronunciato⁸⁷⁶ nel senso della rilevanza e non manifesta infondatezza della richiamata questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 cit., *legge Marzano*, rispetto agli artt. 3 e 41 Cost⁸⁷⁷.

La Corte Costituzionale, investita della predetta questione, si è pronunciata con sentenza del 21 aprile 2006, n. 172⁸⁷⁸, ritenendo infondate entrambe le sollevate eccezioni.

Specificamente la Consulta ha rilevato che "*non sono fondate le q.l.c. dell'art. 6 d.l. 23 dicembre 2003 n. 347, conv., con modif., in l. 18 febbraio 2004 n. 39, come modificato dal d.l. 3 maggio 2004 n. 119, conv., con modif., in l. 5 luglio 2004 n. 166, censurato, in riferimento agli artt. 3 e 41 cost., nella parte in cui consente l'esercizio delle azioni revocatorie, previste dagli artt. 49 e 91 d.lg. 8 luglio 1999 n. 270, in costanza di un programma di ristrutturazione dell'impresa sottoposta ad*

conversione 18 febbraio 2004, n. 39, e successivamente dall'articolo 4^{quater} del d.l. 3 maggio 2004, n. 119.

⁸⁷⁵ Cfr. sulla fattispecie della prevalenza (in ordine di priorità) della pregiudiziale comunitaria su quella costituzionale, per tutti, TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 312 ss., nonché, in giurisprudenza, Corte Cost., 21 marzo 2002 (ord.), n. 85, in *Foro it.*, 2002, I, 1606 ss.; Corte Cost., 5 giugno 2002 (ord.), n. 238, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 258 ss.

⁸⁷⁶ Nel procedimento R.G. n. 117/2005, con provvedimento del 18 novembre 2005.

⁸⁷⁷ La questione è ben ricostruita da BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 156 ss., a cui si rinvia.

⁸⁷⁸ Edita, *inter alia*, in *Giur. cost.*, 2006, 2, 1505 (s.m.), con nota di LIBERTINI; in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 4, II, 401 (s.m.), con nota di MACARIO, e in *Giur. comm.*, 2008, 6, II, 1108. In senso critico, v. le note di COTTINO, in *Giur. it.*, 2006, 1423 ss. e RESCIGNO, *Le leggi Parmalat al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2006, 1237.

amministrazione straordinaria. Pur se sollevate sulla base di una premessa interpretativa corretta e cioè quella secondo cui il sacrificio che l'azione revocatoria impone ai terzi trova giustificazione nelle esigenze di tutela della par condicio, con la conseguenza che di essa non può giovare l'imprenditore insolvente -, *le questioni danno per acquisita la conseguenza che l'art. 6 consente all'imprenditore insolvente di ristrutturarsi a spese dei terzi assoggettati a revocatoria, laddove l'analisi dell'intero sistema normativo delineato dal d.l. n. 347 del 2003 porta a ritenere non pleonastico l'inciso finale dell'impugnato art. 6 (secondo cui occorre che le azioni revocatorie si traducano in un vantaggio per i creditori), e, anzi, consente di attribuirgli un valore preciso, quello di ammettere le azioni revocatorie solo quando la procedura si sia evoluta in senso liquidatorio, sicché deve escludersi la denunciata violazione dell'art. 3 cost., così come va esclusa la fondatezza del dedotto contrasto con l'art. 41 cost., sotto il profilo del turbamento della concorrenza e della parità di condizioni tra imprenditori sul mercato, per la possibilità - che l'esperimento di azioni revocatorie consentirebbe - per l'impresa insolvente di giovare del finanziamento forzoso costituito dal recupero di somme erogate ai terzi nel periodo sospetto, giacché risulta inconferente il rilievo della mancata destinazione del ricavato delle azioni revocatorie alla ripartizione tra i creditori, posto che, nel concordato con assunzione, i chirografari vedono estinto il loro credito con la corresponsione di quanto previsto nella proposta, da loro accettata, di concordato omologato dal tribunale, sicché, la circostanza che il ricavato delle revocatorie non sia oggetto di riparto è un "naturale" del concordato, e cioè rispecchia il fatto che la proposta solutoria dell'assuntore è misurata anche, ove il patto sottoposto all'approvazione dei creditori preveda la cessione a lui delle revocatorie, sul prevedibile esito di tali azioni*"⁸⁷⁹ (corsivo aggiunto).

Così risolve la questione di costituzionalità - in forza dell'interpretazione restrittiva dell'art. 6 cit. adottata dalla Corte, che tuttavia non è stata esente da critiche in dottrina, fondate, in particolare, sulla considerazione per cui il concordato previsto ai sensi dell'art. 4-bis della l. Marzano, oggetto della pronuncia della Consulta, non potrebbe essere ricondotto ad una evoluzione della procedura "*in senso liquidatorio*" bensì ad uno sviluppo in senso "*ristrutturatorio*"⁸⁸⁰ - si è recentemente osservato, a proposito

⁸⁷⁹ Così nella massima, pubblicata su www.dejure.giuffre.it, relativa alla sentenza della Corte Cost., 21 aprile 2006, n. 172, cit. Per un'approfondita analisi della sentenza, si rinvia altresì a BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 156 ss.

⁸⁸⁰ In senso contrario alla soluzione accolta dalla Consulta cfr., a vario titolo, FABIANI, *Dai pomodori ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione dei gruppi transnazionali*, in *Foro it.*, 2004, I, 1567 ss.; PANZANI, *Parità di trattamento tra*

delle eccezioni di compatibilità comunitaria sollevate dinanzi al Tribunale di Parma (e ritenute rilevanti da quest'ultimo), come – anche alla luce della citata pronuncia della Consulta –, in primo luogo, sia “da ribadire che la legge Marzano, in quanto tale, non sembra porsi in contrasto con le norme comunitarie sugli aiuti di Stato. Essa, infatti, non istituisce un regime selettivo, che comporti un vantaggio gratuito a favore delle società beneficiarie, come è del resto confermato dal già citato (ed inusuale) comunicato stampa dell'allora commissario alla concorrenza, Mario Monti, in data 29 gennaio 2004 [né] sembra che dai soli presupposti di applicabilità della legge Marzano ad imprese di elevate dimensioni in termini occupazionali e finanziari possa dedursi una violazione o minaccia di violazione dell'art. 82 CE [o] degli artt. 3 e 10 del Trattato”⁸⁸¹.

Con specifico riferimento alla disciplina dell'azione revocatoria di cui alla *legge Marzano*, oggetto dell'esame della Consulta, anche alla luce della giurisprudenza di legittimità che ha osservato come «essendo la revocatoria fallimentare normalmente esercitabile nel corso delle procedure fallimentari, nessun carattere "selettivo", configurabile come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 (già art. 92) del trattato Ce, può esser ravvisato allorché l'azione revocatoria, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, come regolata dalla l. 3 aprile 1979 n. 95 (di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30 gennaio 1979 n. 26), venga fatta valere nella fase liquidatoria all'unico fine di tutelare la "par condicio creditorum" al pari di quanto avviene nel fallimento»⁸⁸², si è rilevato, in dottrina, che “il problema della compatibilità dell'azione revocatoria prevista dalla legge Marzano con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato è dunque superato quando la procedura sia convertita in fallimento [...]; ugualmente, nell'ipotesi di adozione di un programma di cessione dei complessi aziendali [...]. Anche la fattispecie che ha portato il Tribunale di Parma all'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, quella cioè di approvazione di un concordato con l'attribuzione ad un assuntore delle attività delle imprese interessate e con il trasferimento al medesimo delle azioni revocatorie, [...], è stata equiparata, dalla Corte Costituzionale, ad un'ipotesi liquidatoria. Alla luce - e nei limiti

creditori e tutela della concorrenza, in *Fall.*, 2006, 761 ss.; POLI, *Il giudizio di costituzionalità dell'art. 6 della "legge Marzano": la Corte riconosce la legittimità delle revocatorie fallimentari nelle procedure di "risanamento oggettivo"*, in *Corr. giur.*, 2001, 1232 ss.; PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 268 ss.; STAUNOVO POLACCO, *Art. 6. Azioni revocatorie*, in *La legge Marzano. Commentario*, a cura di Castagnola e Sacchi, Torino, 2006, 231 ss.

⁸⁸¹ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 162-163.

⁸⁸² Così Cass., 21 settembre 2004, n. 18915, *Banca Fideuram c. Soc. Ferdofin Siderurgica*, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9, rinviando all'orientamento comunitario espresso nelle sentenze della Corte di giustizia, 17 giugno 1999, causa C- 295/97, e 1 dicembre 1998, causa C-200/97, nonché nell'ordinanza della stessa Corte, V sezione, 24 luglio 2003, causa C-297/01.

– di tale interpretazione [...], l'esercizio dell'azione revocatoria, nei casi sopra citati, non soddisferebbe le condizioni per l'individuazione di un regime di aiuti di Stato. Non si ravvisano, tra l'altro, differenze con l'ipotesi di azione revocatoria nell'ambito del programma di cessione di cui alla legge Prodi-*bis*, ad oggi, non contestata dalla Commissione”⁸⁸³.

4. Qualche riflessione di ordine sistematico sulla compatibilità “comunitaria” della procedura di amministrazione straordinaria di cui alla legge Marzano. Considerazioni preliminari sulla “variante Alitalia”.

Così risolta la questione di costituzionalità della *legge Marzano*, riteniamo ora opportuno analizzarne più approfonditamente (al di là dei cenni di cui sopra) la compatibilità della stessa sul fronte “comunitario” alla luce degli orientamenti della dottrina⁸⁸⁴, spendendo alcune considerazioni di ordine sistematico che ci consentiranno di tirare le fila del nostro discorso intorno al bilanciamento (di quella molteplicità) di interessi⁸⁸⁵ che (deve) contraddistingue(re) la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, anche all'esito delle modifiche apportate con la “variante” Alitalia.

Tale analisi pare opportuna, in primo luogo, in ragione dei pur innegabili punti di contatto che la procedura introdotta (in occasione del *crack* Parmalat) attraverso il d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003 recante “*Misure urgenti per la ristrutturazione di grandi imprese in stato di insolvenza*”⁸⁸⁶, presenta con la c.d. *legge Prodi*⁸⁸⁷ (rispetto alla quale tuttavia, abbiamo già rilevato, il giudizio di incompatibilità *in toto* non può essere accolto), allontanandosi dal nuovo modello disegnato attraverso il D. Lgs. n. 270/99,

⁸⁸³ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 163-164, rinviando, in senso conforme, a PANZANI, *Parità di trattamento tra creditori e tutela della concorrenza*, cit., 770 e STAUNOVO POLACCO, *Art. 6. Azioni revocatorie*, cit., 236, che esclude la configurabilità di un aiuto di Stato a proposito dell'azione revocatoria disciplinata dall'art. 6 della *legge Marzano* poiché non risulta che essa “comporti o sia in grado di comportare, oneri supplementari per lo Stato italiano, sotto nessuna forma”, così accogliendo la chiave di lettura suggerita da MONTANARI, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, cit., già a proposito della *legge Prodi*.

⁸⁸⁴ Analizzando e riportandoci, in particolare, alle opinioni espresse da D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 69 ss.

⁸⁸⁵ Utilizzando un linguaggio affine a quello utilizzato dalla Corte Costituzionale, *inter alia*, nella sentenza del 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁸⁸⁶ Convertito con legge 18 febbraio 2004, n. 39.

⁸⁸⁷ L. 3 aprile 1979 n. 95 (di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30 gennaio 1979 n. 26).

c.d. *Prodi bis*: ciò che ha generato taluni dubbi rispetto alla effettiva compatibilità della *legge Marzano* con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato.

Sul punto, a proposito delle differenze tra i vari interventi normativi, si è infatti rilevato che: “la legge Prodi prevedeva l'automatica ammissione delle grandi imprese in crisi alla procedura di amministrazione straordinaria a seguito dell'accertamento dello stato d'insolvenza; l'ammissione era disposta dal Ministro dell'industria ed era subordinata alla sola verifica dei requisiti dimensionali richiesti. Il d.lgs. n. 270 del 1999 ha introdotto un sistema a doppia fase: l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza apre una fase di osservazione, al termine della quale il Tribunale ammette l'impresa insolvente alla procedura di amministrazione straordinaria se sussistono «concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali», dichiarando, nel caso opposto, il fallimento. La legge n. 39 del 2004 elimina il periodo di osservazione e attribuisce al Ministro delle attività produttive il potere di ammettere immediatamente alla procedura di amministrazione straordinaria la grande impresa insolvente che abbia i requisiti dimensionali richiesti, senza subordinare l'ammissione alla verifica della esistenza delle concrete prospettive di recupero”⁸⁸⁸, ed in ciò avrebbe aumentato il grado di “amministrativizzazione” della procedura (e quindi, per certi versi, di potenziale discrezionalità⁸⁸⁹ nella gestione della stessa), sul “calco” del modello offerto dalla *legge Prodi*, diversamente dalla *Prodi bis* che aveva riportato la procedura nella direzione di una maggiore “giurisdizionalizzazione”, *rectius*, di un maggiore controllo giudiziario e quindi di un aumento del grado di imparzialità a scapito della discrezionalità⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 70. Per i primi commenti sulla nuova procedura disciplinata dalla *legge Marzano*, si v. altresì, *inter alia*, ALESSI, *L'amministrazione straordinaria accelerata* (legge Parmalat), in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 18 ss.; BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni* (legge «Marzano»), in *Fall.*, 2004, 362 ss.; FABIANI-FERRO, *Dai Tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi d'impresa*, cit., 132 ss.; D. MANENTE, *Il «decreto Parmalat»: appunti per una prima lettura*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 35 ss.

⁸⁸⁹ In tal senso, a titolo esemplificativo, v. ancora D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 72, il quale precisa, a proposito dell'ammissione alla procedura prevista dalla *legge Marzano*, che “la decisione del Ministro può fondarsi su amplissimi margini di discrezionalità”.

⁸⁹⁰ Sul tema v., a vario titolo, GAMBINO, *Le procedure concorsuali minori in una prospettiva di riforma e la rinnovata amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 1999, 402; ID., *La riforma delle società di capitali e la legge Marzano di accelerazione delle procedure dell'insolvenza delle grandi imprese*, in *Corr. giur.*, 2004, 427; nonché, da ultimo, A.M. LEOZAPPA, *Interessi pubblici e amministrazione straordinaria dopo la legge n. 166/2008 (Variante Alitalia)*, cit., 617-618.

4.1. (Segue). Valutazioni sulla natura «selettiva» della procedura di amministrazione straordinaria *ex lege Marzano*. Orientamenti dottrinali e brevi note critiche.

Nell'ambito delle indagini di compatibilità già svolte in dottrina⁸⁹¹, si è osservato che il punto di partenza della verifica deve coincidere con la valutazione “circa il carattere «speciale» o meno rivestito dalla nuova procedura concorsuale”⁸⁹².

Si è infatti avuto modo di precisare, in precedenza, che fra i requisiti la cui sussistenza (per vero cumulativa⁸⁹³) è necessaria ai fini della qualificazione della misura considerata come “aiuto di Stato”, vi è il carattere di *selettività* della stessa, di guisa che – per essere considerata come “aiuto di Stato”, unitamente al possesso degli altri requisiti di cui all'art. 107 TFUE - essa deve attribuire un *vantaggio gratuito* (solo) *al suo beneficiario*, (c.d. conferimento di un vantaggio per i beneficiari⁸⁹⁴), *rectius*, sia tale da favorire (solo) «*talune imprese o talune produzioni*».

Viceversa - abbiamo in precedenza osservato - esulano dalla nozione di “aiuto di Stato” le c.d. *misure generali*⁸⁹⁵, “dirette a sostenere non una certa attività o un gruppo di imprese ma lo sviluppo e l'equilibrio dell'economia nazionale nel suo insieme”⁸⁹⁶, rientrando così “nella competenza [legittima] di ciascuno Stato membro di definire la propria politica economica”⁸⁹⁷.

⁸⁹¹ Il riferimento è a D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 73 ss., cui si rinvia.

⁸⁹² Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 73.

⁸⁹³ In ossequio alla giurisprudenza comunitaria sul punto, nell'ambito della quale v., *ex multis*, Corte di Giustizia, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Regno del Belgio c. Commissione*, c.d. *Tubemeuse*, in *Racc.*, 1990, I-959, punto 25; Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica Francese c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, I-4397, punto 68; Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, sentenza *Altmark*, in *Racc.*, 2003, I-7747, punti 74 e 75.

⁸⁹⁴ V. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

⁸⁹⁵ Fra le quali, in ossequio alla casistica giurisprudenziale, possono ricomprendersi (sotto forma di “prestazioni positive”) sostegni alla ricerca ed all'occupazione oppure (sotto forma di “rinuncia ad introiti”) riduzioni di imposte o contributi di varia natura, a condizione che di tale “vantaggio” possano beneficiare tutte le imprese, a prescindere dalla zona territoriale di riferimento o dal settore di attività: v. Corte di Giustizia, 30 novembre 1993, causa C-189/91, c.d. *Kirsammer-Hack*, in *Racc.*, 1993, I-6185; la sentenza del Tribunale datata 29 settembre 2000, causa T-55/99, c.d. *CETM*, in *Racc.*, 2000, II-3207; Corte di Giustizia, 8 novembre 2001, causa C-143/99, c.d. *Adria Wien Pipeline*, in *Racc.*, 2001, I-8365; Corte di Giustizia, 13 febbraio 2003, causa C-409/00, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, I-1487.

⁸⁹⁶ Così EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 31, che osservano altresì come non si rinvenga una precisa definizione delle c.d. “misure generali” nella prassi delle istituzioni comunitarie.

⁸⁹⁷ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 321. V. altresì A. SANTA MARIA, *Introduzione*, in *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, 1-2, ove osserva che “l'intervento di uno Stato nell'economia, di per sé legittimo ai sensi dell'art. 295 CE in relazione al regime della proprietà, quando sia mirato a favorire essenzialmente determinate imprese o certi settori di attività, di regola “nazionali”, assume una valenza particolarmente pericolosa per il funzionamento armonico di tale mercato”; tuttavia “gli atti di portata “generale”,

Altrettanto, abbiamo rilevato che la distinzione fra “misura selettiva” (integrante i presupposti della fattispecie “aiuto di Stato”) e “misura generale” non si è rivelata affatto agevole nella pratica⁸⁹⁸.

Rinviando alle statuizioni della Corte di Giustizia sul punto, se abbiamo rilevato che “una misura di carattere generale può [...] essere considerata selettiva qualora il suo godimento da parte delle imprese non sia automatico, ma sia subordinato ad una decisione discrezionale dell’autorità pubblica”⁸⁹⁹ mentre sono per loro natura selettivi “gli aiuti locali o regionali, in quanto limitati territorialmente”⁹⁰⁰, parimenti abbiamo escluso che possa ravvisarsi il carattere di *selettività* nell’ipotesi in cui il provvedimento

indirizzati, cioè, alla generalità di beneficiari in una medesima situazione, non rientrano nella categoria degli aiuti di Stato: sono, in quanto tali, proprio per effetto della loro generalità, di per sé legittimi o, per dirla con le parole del Trattato di Roma, *compatibili* con il mercato comune, per il semplice motivo che non possono essere idonei a turbare il regolare giuoco della concorrenza”.

⁸⁹⁸ Un’ulteriore distinzione è quella fra *aiuto individuale*, concesso a singole imprese, e *regime di aiuti*, definito dall’art. 1, lett. d) del Regolamento n. 659/99 come «atto in base al quale, senza che siano necessarie ulteriori misure di attuazione, possono essere adottate singole misure di aiuto a favore di imprese definite nell’atto in linea generale e astratta e qualsiasi atto in base al quale l’aiuto, che non legato a uno specifico progetto, può essere concesso a una o più imprese per un periodo di tempo indefinito e/o per un ammontare indefinito». Sul punto v. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 325, che osserva: “a differenza degli aiuti individuali, i regimi di aiuti non comportano essi stessi l’erogazione di aiuti a singole imprese ma sono costituiti da atti di portata generale che autorizzano la successiva adozione di provvedimenti individuali di erogazione ovvero consentono alle imprese interessate di avvalersi senz’altro dei provvedimenti di favore (come avviene nel caso della concessione di agevolazioni fiscali)”.

⁸⁹⁹ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 322. In tal senso, ai fini della nostra analisi, risultano di fondamentale interesse i casi *Ecotrade* e *Piaggio* (Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907 e Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735) società sottoposte, come già approfonditamente rilevato, alla (prima) procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, c.d. Legge Prodi, oggetto di censura in questa sede da parte delle istituzioni comunitarie alla luce, *inter alia*, della eccessiva la discrezionalità di cui era dotato il Ministro dell’Industria – in virtù della legge medesima – nell’ammettere un’impresa alla procedura *de qua*, così sottraendola “selettivamente” al fallimento. Il carattere della selettività a favore di determinate tipologie di imprese è stato ravvisato dalla giurisprudenza comunitaria, oltre che con riferimento alle “grandi imprese”, come *Ecotrade* e *Piaggio*, tra le altre, anche rispetto alle PMI (Tribunale, 29 settembre 2000, causa T-55/99, c.d. *CETM*, in *Racc.*, 2000, II-3207) ed alle imprese manifatturiere (Corte di Giustizia, 8 novembre 2001, causa C-143/99, c.d. *Adria Wien Pipeline*, in *Racc.*, 2001, I-8365). Sul punto v. altresì Corte di Giustizia, 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, 1996, I-4551; Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-75/97, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, I-3671.

⁹⁰⁰ Così EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 34, rinviando alla sentenza del Tribunale, 23 ottobre 2002, cause riunite T-269, T-271 e T-272/99, *Territorio Historico de Guipúzcoa et al. c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, II-4217 e Corte di Giustizia, 14 aprile 2005, causa C-110/03, *Regno del Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, 2005, I-2801, punto 58. Altresì, attraverso la sentenza del 6 settembre 2006, nella disputa insorta fra la Commissione e lo Stato del Portogallo (Corte di Giustizia, 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.*, 2006, I-7115), la Corte di Giustizia ha osservato che, allo scopo di qualificare come selettiva o meno la misura fiscale prevista da un ente infrastatale, il riferimento “spaziale” potrebbe essere identificato nel “territorio nel quale esercita la sua competenza l’entità infrastatale che ha adottato il provvedimento, e non il territorio nazionale nella sua totalità”, purchè “il detto provvedimento sia stato adottato da tale entità nell’esercizio di poteri sufficientemente autonomi rispetto al governo centrale”, c.d. “requisito dell’autonomia”: così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 324, il quale aggiunge: “qualora il requisito dell’autonomia sia soddisfatto, per verificare se la misura ha carattere selettivo, occorrerà esaminare se il regime previsto per le imprese con sede nel territorio dell’ente in questione sia di applicazione generale o si applichi soltanto a talune di queste imprese”.

che garantisca la produzione di un vantaggio in capo al beneficiario “sia giustificato dalla natura o dalla struttura generale del sistema nel quale si inserisce”⁹⁰¹.

Aderendo a tale ultima prospettiva, si è condivisibilmente rilevato che “le procedure concorsuali sembrerebbero a prima vista essere riconducibili alle misure generali, più che agli aiuti di Stato. [...]. Rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire quando applicare il diritto comune delle obbligazioni e quando, viceversa, prevedere una speciale disciplina a fronte di particolari situazioni di difficoltà che coinvolgano determinati soggetti giuridici. Sotto questo punto di vista, le procedure concorsuali sono espressione della sovranità degli Stati membri nel campo della disciplina dei rapporti economici e sembrano rientrare tra le misure generali, in quanto tali estranee al divieto di aiuti di Stato”⁹⁰².

Tuttavia, ferma tale premessa, si è altrettanto rilevato che all’indagine di compatibilità con la normativa “comunitaria” occorre altresì sottoporre “sia [...] la scelta del legislatore nazionale di assoggettare o meno a procedure concorsuali alcune imprese, sia [...] la previsione di una pluralità di distinte procedure concorsuali cui sono sottoposte le diverse imprese in crisi. Il problema è duplice: a) assoggettamento o meno ad una procedura concorsuale e b) scelta della procedura concorsuale cui assoggettare l’impresa. Con riguardo a questo secondo profilo, assume rilievo preliminare la distinzione tra presupposti oggettivi e presupposti soggettivi per l’ammissione alle diverse procedure concorsuali. Con riferimento al presupposto oggettivo, *si deve ritenere che il legislatore sia libero di dettare discipline differenti in relazione alle diverse situazioni di crisi economico-finanziaria nella quale siano cadute le diverse imprese, atteso che, in tal caso, la differenziazione si presenta assolutamente coerente con la natura e la struttura del sistema economico*. Invero, è coerente con la struttura economica che il legislatore, a fronte di situazioni di difficoltà economica di diversa

⁹⁰¹ V. - tutte in tema di regimi fiscali - Corte di Giustizia, 8 novembre 2001, causa C-143/99, c.d. *Adria Wien Pipeline*, in *Racc.*, 2001, I-8365 e, più di recente, Corte di Giustizia, 8 settembre 2011, cause riunite C-78/09 e C-80/09, c.d. *Paint Graphos*; Corte di Giustizia, 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Regno di Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in *Racc.*, 2011, per i cui riferimenti in dottrina cfr., *inter alia*, ROSSI-MACCANICO, *Gibraltar: Beyond the Pillars of Hercules of Selectivity*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2012, 443-448. V. altresì Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907, punto 36; Corte di Giustizia, 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, c.d. *Sloman Neptune*, in *Racc.*, 1993, I-887, punto 21; Corte di Giustizia, 27 marzo 1980, causa C-61/79, c.d. *Denkavit italiana*, in *Racc.*, 1980, 1205, punto 31.

⁹⁰² Così D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 75.

intensità e prospettive di superamento, detti procedure diverse, improntate a finalità che possono essere tra loro divergenti”⁹⁰³ (corsivo aggiunto).

Tale circostanza trova conferma (a) nel nostro sistema fallimentare, del quale si è contestata la forte disomogeneità⁹⁰⁴, che prevede diverse soluzioni della crisi d’impresa a seconda delle relative dimensioni, passando (a1) (prima da un’iniziale assenza di soluzioni “concorsuali” per l’impresa al di sotto delle soglie dimensionali di cui all’art. 1 l.f. mentre, oggi) dalla procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento, per l’impresa che si trovi al di sotto delle soglie dimensionali di cui all’art. 1 l.f. [e quindi, sostanzialmente, “piccole imprese (familiari)”, introdotta dalla l. 27 gennaio 2012, n. 3⁹⁰⁵ e successive modifiche], (a2) al fallimento ma - pure in un’ottica di continuità aziendale che ormai permea il tessuto del diritto fallimentare “moderno”⁹⁰⁶ - alternativamente, anche (a3) al piano di risanamento, (a4) al concordato preventivo ed (a5) agli accordi di ristrutturazione per le imprese al di sopra delle soglie di cui all’art. 1 l.f. ma al di sotto dei 200 dipendenti, e giungendo (a6) all’amministrazione straordinaria, regolata dal D.lgs. n. 270/99, *Prodi bis*, per le imprese che abbiano più di 200 ma meno di 500 dipendenti e dalla *legge Marzano* per le imprese oltre i 500 dipendenti; (ii) e, significativamente, dai rilievi della Corte Costituzionale nell’analizzata sentenza 22 luglio 2010, n. 270, sul caso *Alitalia*, ove precisa che “se, in definitiva, il bilanciamento di una molteplicità di interessi impone una scelta non tipica del controllo antitrust, ma, in sostanza, caratterizzata da una connotazione di politica economica e di regolazione del mercato imposta da una situazione eccezionale, questa scelta non può essere giudicata irragionevole per il solo fatto di essere stata operata mediante un atto legislativo”⁹⁰⁷.

Tuttavia, se la scelta di differenti procedure concorsuali, fondata su di un diverso presupposto oggettivo, è stata ritenuta compatibile, senza particolari riserve, con l’ordinamento “comunitario”, maggiori perplessità sono state sollevate in riferimento

⁹⁰³ Ancora D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 75.

⁹⁰⁴ FABIANI-STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell’amministrazione straordinaria*, cit., 1337.

⁹⁰⁵ Recante *Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*.

⁹⁰⁶ E v. a tal proposito i rilievi della Corte Cost. nella citata sentenza 22 luglio 2010, n. 270, cit., in relazione alla crisi di *Alitalia*, ove precisa: “La soluzione privilegiata dalla disposizione in esame può essere iscritta, infatti, nella nuova modalità di approccio alla crisi dell’impresa che caratterizza il nostro ordinamento, alla quale è stata ispirata anche la riforma della legge fallimentare, connotata dal superamento della concezione liquidatoria dell’impresa, in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell’azienda, per fini di utilità sociale (tra questi, la tutela del lavoro), conseguibile anche mediante cessioni e concentrazioni” (corsivo aggiunto).

⁹⁰⁷ Così all’ottavo capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

all'applicazione di differenti procedure concorsuali sulla scorta del (solo) presupposto soggettivo: si è osservato, infatti, rinviando anche ai noti casi *Ecotrade* e *Piaggio* dianzi esaminati⁹⁰⁸, che “in questi casi, la previsione di distinte procedure concorsuali per differenti categorie di imprese, pur in presenza del medesimo presupposto oggettivo, sembra attribuire alla disciplina quel carattere di specificità che contraddistingue gli aiuti di Stato. Analogamente si presenta il problema qualora l'eventuale esenzione dall'assoggettamento ad una procedura concorsuale sia conseguenza solo di un requisito soggettivo dell'impresa”⁹⁰⁹.

Conseguentemente, si è affermato, “in via di prima approssimazione, che una determinata procedura concorsuale nazionale contenente misure agevolative può essere in astratto riconducibile alla categoria degli aiuti di Stato qualora abbia carattere derogatorio rispetto alla disciplina generale applicabile a tutte le imprese che, in un determinato momento, si trovino nella medesima situazione di crisi economico-finanziaria”⁹¹⁰.

Ciò sarebbe confermato - si è ritenuto - nel caso della *legge Marzano* dalla stessa formula legislativa («imprese soggette alle disposizioni sul fallimento [...] purché abbiano, congiuntamente, i seguenti requisiti») che “suggerisce il carattere specializzante, con riferimento ai requisiti soggettivi di ammissione, della procedura di amministrazione straordinaria di ristrutturazione rispetto alla legge fallimentare. Per essere ammessi a tale procedura, le imprese, oltre a possedere le condizioni per poter accedere al fallimento, devono possedere due ulteriori requisiti”⁹¹¹.

La stessa dottrina, però, rileva come “il carattere di selettività della legge Marzano rispetto alla disciplina fallimentare potrebbe forse essere escluso sulla base di una diversa considerazione. Si è detto sopra che il carattere derogatorio di una disciplina

⁹⁰⁸ E, in particolare, al cpv. 39 della sentenza della Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735, ed al cpv. 40 della sentenza della Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907, punto 21.

⁹⁰⁹ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 75.

⁹¹⁰ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 76.

⁹¹¹ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 77, ma v., *contra*, in particolare, BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 162-163, che ha osservato come sia “da ribadire che la legge Marzano, in quanto tale, non sembra porsi in contrasto con le norme comunitarie sugli aiuti di Stato. Essa, infatti, non istituisce un regime selettivo, che comporti un vantaggio gratuito a favore delle società beneficiarie, come è del resto confermato dal già citato (ed inusuale) comunicato stampa dell'allora commissario alla concorrenza, Mario Monti, in data 29 gennaio 2004 [né] sembra che dai soli presupposti di applicabilità della legge Marzano ad imprese di elevate dimensioni in termini occupazionali e finanziari possa dedursi una violazione o minaccia di violazione dell'art. 82 CE [o] degli artt. 3 e 10 del Trattato”.

può essere giustificato qualora la differenza di normativa applicabile trovi una ragionevole spiegazione nella natura o struttura del sistema. *Nel nostro caso, si potrebbe forse ritenere giustificata, alla luce della natura e struttura del sistema, la previsione di differenti procedure concorsuali riservate l'una alla grande impresa e l'altra alla piccola e media impresa. Diversa è, infatti, la rilevanza che i vari interessi coinvolti nella crisi d'impresa assumono in relazione alle dimensioni del dissesto. In particolare, ben diverso è il ruolo e la considerazione che deve essere riservata all'interesse alla conservazione dell'organismo produttivo quando si è in presenza di una grande impresa o, all'estremo, di una impresa familiare. La diversa intensità degli interessi coinvolti nella crisi di imprese di differenti dimensioni potrebbe quindi giustificare la diversità di disciplina applicabile*⁹¹². Nondimeno, un'argomentazione di questo tipo si presenta alquanto debole, atteso che essa presuppone che sia riconducibile alla «natura o struttura del sistema» l'esclusione di ogni possibilità di risanamento per le piccole e medie imprese insolventi, indipendentemente dalla esistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico. Non è di agevole comprensione, infatti, il motivo per cui la disciplina limiti l'applicazione delle regole più favorevoli proprie della nuova procedura ai soli imprenditori insolventi che possono definirsi «grandi» ai sensi dell'art. 1 della legge n. 39 del 2004, escludendone gli altri che pur presentino la stessa situazione economico-finanziaria⁹¹³. Non pare, quindi, che la distinzione tra piccola/media e grande impresa ai fini dell'ammissione ad una procedura concorsuale, del tutto sconosciuta a tutti gli altri ordinamenti dell'Unione Europea⁹¹⁴, possa essere ricondotta alla «natura o struttura del sistema», così da giustificare l'oggettiva disparità di trattamento»⁹¹⁵.

⁹¹² Sotto tale profilo cfr., in particolare, la già analizzata sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., ove osserva “nella specie occorreva fronteggiare una situazione di gravissima crisi di un'impresa (come dimostra la sottoposizione della medesima all'amministrazione straordinaria), che svolgeva un servizio pubblico essenziale del quale doveva essere garantita la continuità (circostanza, quest'ultima, espressamente condivisa dai rimettenti), peraltro in un settore particolare, notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale, meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistemiche in ulteriori comparti. Il legislatore ordinario ha dunque inteso realizzare un intervento diretto a garantirne la continuità ed a permettere la conservazione del rilevante valore dell'azienda (costituita da una pluralità di beni e rapporti, di varia natura), al fine di scongiurare, in tal modo, anche una grave crisi occupazionale” (corsivo aggiunto).

⁹¹³ V. sul punto RONDINONE, *Commento sub art. 1*, in *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di A. Castagnola e R. Sacchi, Torino, 2000, 8.

⁹¹⁴ V. I. CANDELARIO MACIAS, *L'amministrazione straordinaria: uno sguardo nel contesto del diritto concorsuale europeo*, in *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Roma, 2000, 341.

⁹¹⁵ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 77-78, che prosegue: “ulteriore sintomo del carattere

La predetta conclusione si presta però, ad avviso di chi scrive, ad alcune annotazioni critiche o, meglio, alla possibilità di offrirne una diversa lettura.

Invero, sulla scorta della premessa che, nell'attuale diritto fallimentare, la continuazione dell'attività imprenditoriale costituisce l'auspicio del legislatore – se non, ormai, la regola del sistema – che sempre più rimedi ha approntato per favorire una composizione della crisi d'impresa che tenga conto dei valori ad essa connessa, in una prospettiva di salvaguardia e continuità aziendale⁹¹⁶, e il che, di risulta, attenua il divario in termini di finalità/opportunità offerte della procedura fra la grande impresa soggetta ad amministrazione straordinaria e la “medio-piccola” soggetta a fallimento, ci sembra che i presupposti soggettivi, nel nostro caso, non possano essere valutati disgiuntamente da (ed isolatamente rispetto a) quelli oggettivi, essendovi una forte penetrazione (se non osmosi) fra gli uni e gli altri determinata dalla intensità degli interessi, dalla rilevanza costituzionale⁹¹⁷, che gravitano attorno alla grande impresa al punto che sembrano connotarla oggettivamente ma anche soggettivamente, spostando la valutazione (anche sotto il profilo soggettivo) fra “piccola” e “grande impresa” soggetta ad amministrazione straordinaria, su due piani non perfettamente coincidenti.

A tal proposito si è infatti rilevato che “la storia dei dissesti aziendali fornisce ampia dimostrazione di come sia agevole individuare ragioni politiche ed economiche

«specifico» della procedura introdotta dalla legge Marzano è rappresentato dall'attribuzione del potere al Ministro delle attività produttive di provvedere «valutati i requisiti di cui all'art. 1» all'ammissione immediata dell'impresa alla procedura. La formula usata dal legislatore sembra lasciare al Ministro un largo margine di discrezionalità nella scelta di procedere o meno alla nomina del commissario. Come sopra rilevato, proprio la discrezionalità dell'organo pubblico nella applicazione di misure di carattere generale, sia essa dovuta all'imprecisione dei criteri di ammissibilità che alla vaghezza della formula interpretativa, costituisce, secondo la giurisprudenza comunitaria, indice di quella «selettività» che, all'evidenza, sembra caratterizzare anche la normativa introdotta dalla legge Marzano”.

⁹¹⁶ In linea, peraltro, con quanto osservato dai già citati GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, cit., [e v. OECD, *Roundtable on failing firm defense*, DAF/COMP(2009)38, Paris, 10-8-2010, 37 “the financial problems of those firms may be resolved by merging with financially healthier partners. A successful merger will prevent a failing firm's bankruptcy and retain the firm's assets in the market, which may be privately profitable not only for the stakeholders of the failing firm but also for the acquirer's shareholders, and beneficial to the competitive process and consumer welfare”] che hanno rilevato come la “moderna” disciplina della concorrenza, non diversamente dalle norme fallimentari, “tende alla conservazione (ed eventualmente alla redistribuzione) del patrimonio aziendale, poiché la sua dissoluzione inciderebbe negativamente sulle condizioni di offerta e, per questa via, sui prezzi, sulla varietà dei prodotti e sul tasso di innovazione”.

⁹¹⁷ Fra i quali si richiamano, ancora una volta, i «preminenti interessi generali» presi in considerazione da Corte Cost. 22 luglio, n. 270, cit., e cioè: “*garantire la continuità del trasporto aereo su tutte le rotte nazionali, anche su quelle economicamente non convenienti, [...] evitare la dissoluzione di un'impresa di rilevanti dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale. Questi interessi, sebbene attengano, prevalentemente, alla sfera economica, per le osservazioni dianzi svolte, ed in considerazione della gravità della congiuntura economica e della peculiarità del settore di riferimento, sono riconducibili alle ragioni di «utilità sociale» ed ai «fini sociali» (art. 41 Cost.) che giustificano uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'Autorità indipendente*” (corsivo aggiunto).

che impediscono di gestire la crisi delle grandi e, ancor più, delle grandissime imprese con le comuni regole del diritto fallimentare”⁹¹⁸.

4.2. (Segue). Programma di «ristrutturazione economico-finanziaria» dell’impresa. Ruolo ed interesse dei creditori e rapporti con la disciplina *antitrust*.

Anche a voler ammettere il carattere selettivo della procedura di amministrazione straordinaria delineata dalla *legge Marzano*⁹¹⁹, la valutazione di compatibilità (o incompatibilità) con il mercato comune non può in ogni caso dirsi compiuta senza procedere ad un esame del contenuto della stessa legge, con la finalità di individuare misure eventualmente riconducibili alla categoria degli aiuti di Stato (vietati).

In tal senso il riferimento va in primo luogo al programma attraverso il quale le finalità della procedura disegnata dalla *legge Marzano* vengono adempiute, *i.e.* - in ragione degli scopi precipui di risanamento che caratterizzano tale procedura - il programma di «ristrutturazione economico-finanziaria» che, sotto il profilo operativo, costituisce una sorta di “pregiudiziale”⁹²⁰ della procedura: invero - diversamente dal d.l. n. 134/2008 (“versione” Alitalia) che, come noto, ha successivamente eliminato tale “pregiudiziale” per consentire la rapida cessione del complesso Alitalia - il d.l. n. 347/2003 non consentiva la cessione dei complessi aziendali “se non a seguito della comprovata impossibilità di operare una ristrutturazione”⁹²¹.

Posto che, in ogni caso, sul programma di cessione dei complessi aziendali non sorge dubbio alcuno di compatibilità stante, come si è osservato, il relativo carattere di “procedura esecutiva-liquidatoria, [che] è quindi finalizzata all’espulsione dal mercato dell’imprenditore insolvente [con la conseguenza per cui] ciò sembra precludere in radice anche il solo venire in rilievo di eventuali problemi di compatibilità della normativa con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato[, la quale è piuttosto] strumentale alla tutela di una libera e paritaria concorrenza tra le imprese *operanti* sul

⁹¹⁸ Così SANASI D’ARPE, *Linee evolutive delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e prospettive di riforma*, in *Notarilia*, anno IV, n. 2, 19.

⁹¹⁹ Su cui, in senso contrario, v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 162-163.

⁹²⁰ In tal senso FABIANI-STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell’amministrazione straordinaria*, cit., 1338.

⁹²¹ Così FABIANI-STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell’amministrazione straordinaria*, cit., 1338, che precisano ulteriormente: “è sulla base di questa procedura che Parmalat ha potuto essere ceduta ai creditori (divenuti azionisti) e quotata in borsa”.

mercato in regime di reciproca competizione”⁹²², maggiori approfondimenti merita il programma di «ristrutturazione economico-finanziaria» attraverso il quale – come rilevato – si tende al risanamento dell’impresa che vi è sottoposta.

Su tale ultimo profilo si è preliminarmente (ed opportunamente) precisato: “è noto che le procedure di risanamento, malgrado siano caratterizzate dalla prosecuzione delle attività imprenditoriali e dalla conservazione dell’impresa, non si traducono inevitabilmente in uno strumento di pregiudizio degli interessi creditori, sacrificati rispetto alla salvaguardia degli altri interessi collegati alla sopravvivenza dell’impresa (lavoratori, fornitori, clienti). Il carattere risanatorio della procedura concorsuale è di per sé neutro rispetto al grado di tutela degli interessi creditori. Vi possono essere casi in cui, in presenza di una crisi d’impresa, il legislatore disponga l’apertura di una procedura concorsuale di tipo risanatorio solo perché questa rappresenta il modo migliore di tutelare l’interesse dei creditori e casi in cui l’avvio di una procedura di risanamento è imposto malgrado l’interesse dei creditori o, al limite, anche a prezzo di un sacrificio di esso”⁹²³.

Nel caso della *legge Marzano*, si è rilevato che “la finalità della procedura è la salvaguardia dell’organismo produttivo, rispetto al quale l’interesse dei creditori, anche se non totalmente dimenticato, assume carattere secondario e subordinato”⁹²⁴. Si tratta,

⁹²² Così D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 77-78, il quale precisa ulteriormente: “La soluzione non cambia in ragione del fatto che sia disposto l’esercizio dell’impresa. [...] La necessaria provvisorietà della continuazione dell’attività priva l’impresa insolvente del suo ruolo di concorrente sul mercato, in competizione con le altre imprese. Anche se formalmente l’impresa continua ad operare sul mercato e a mantenere rapporti con fornitori e clientela, pur tuttavia viene a mancare la proiezione al futuro di tale attività, la sua idoneità a mantenere uno stabile rapporto con i terzi. [...] A ciò si aggiunga che un eventuale aiuto di tipo economico o finanziario concesso ad un’impresa insolvente autorizzata a proseguire temporaneamente l’attività non sarebbe in realtà utilizzabile dall’impresa per avvantaggiarsi nella lotta economica con le altre imprese, ma sarebbe solo strumentale ad un più ampio e paritario soddisfacimento dei creditori pregressi. Poiché l’attività è destinata in poco tempo a cessare, l’aiuto, anche quando di esso beneficia l’impresa insolvente, viene a costituire solo un beneficio per i creditori del debitore insolvente, i quali avranno da ripartirsi anche l’eventuale risultato economico positivo dell’esercizio provvisorio. A ben vedere, il beneficiario dell’aiuto eventualmente concesso in fase di esercizio provvisorio non è un’impresa operante sul mercato, bensì la massa dei creditori pregressi ai quali deve essere destinato l’attivo”.

⁹²³ Così D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 81, il quale rinvia, per la distinzione fra procedure liquidatorie e risanatorie, con analisi dei relativi interessi coinvolti, a G. BERTOLI, *Crisi d’impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, 2000, 30; L. CAPRIO, *L’efficienza economica delle procedure di gestione del dissesto in Italia: un’interpretazione delle evidenze empiriche della ricerca*, in *Gli strumenti della crisi finanziaria in Italia: un’analisi economica*, a cura di L. Caprio, Milano, 1997, 17. Sul tema, più in generale, cfr. altresì, per un inquadramento sistematico, GAMBINO, *Profili dell’esercizio dell’impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 570.

⁹²⁴ Sul punto v. altresì SANASI D’ARPE, *Linee evolutive delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e prospettive di riforma*, cit., 20, ove precisa che “qualsiasi previsione normativa suscettibile di comprimere il diritto di credito si pone in aperto ed evidente contrasto con l’art.

quindi, di una procedura di risanamento che viene disposta «malgrado» l'interesse dei creditori, nel senso che la decisione circa l'ammissione alla procedura e le successive modalità di svolgimento della stessa viene assunta senza che assuma rilievo l'interesse dei creditori dell'impresa insolvente e, all'estremo, anche a costo di un sacrificio dei creditori”⁹²⁵ (corsivo aggiunto).

Tuttavia, il sacrificio dell'interesse dei creditori non deve condurre, immediatamente ed automaticamente, ad una valutazione negativa⁹²⁶: si è infatti osservato che “una procedura concorsuale di risanamento (quale la procedura con programma di ristrutturazione introdotta dalla legge Marzano) che si svolga «malgrado» l'interesse dei creditori non è di per sé incompatibile con il diritto comunitario della concorrenza. L'interesse dei creditori coinvolti in una crisi d'impresa a conseguire il migliore soddisfacimento possibile non rientra tra gli interessi tutelati

24 Cost. in quanto la compressione ed il condizionamento della posizione del creditore interessato dalla procedura concorsuale è ammissibile: a) al solo fine di garantire tutela ad interessi non meno rilevanti sotto il profilo costituzionale; b) nella misura in cui l'intero procedimento si svolga sotto la vigilanza di un organo giurisdizionale”. Cfr. anche SANASI D'ARPE, *L'amministrazione straordinaria dei grandi gruppi in crisi. Lineamenti giuridici*, Napoli, 2005.

⁹²⁵ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 82-83, il quale fa riferimento a più profili alla luce dei quali poter cogliere una posizione di grado inferiore dell'interesse creditorio: in tal senso l'A. osserva che (i) “l'ammissione alla procedura e l'accertamento dello stato di insolvenza, con la conseguente moratoria in ordine al pagamento dei crediti, è disposta senza che i creditori siano chiamati ad esprimersi e votare in merito.”; (ii) “ancora, l'art. 5 della l. n. 39 del 2004, nel disciplinare la liquidazione dei beni fino all'autorizzazione del programma, prevede che il Ministro possa autorizzare operazioni di cessione «qualora siano finalizzate alla ristrutturazione dell'impresa o del gruppo», nonché il compimento di operazioni necessarie «per la salvaguardia della continuità dell'attività aziendale delle imprese del gruppo»: è agevole notare l'assenza di ogni riferimento all'interesse dei creditori”; (iii) “Inoltre, il criterio cui si deve ispirare il programma, redatto sotto la vigilanza del Ministro dell'industria, in conformità agli indirizzi di politica industriale, è quello della salvaguardia dell'unità produttiva dei complessi aziendali, «tenuto conto dell'interesse dei creditori» (art. 55, 1° comma, d.lgs. n. 270 del 1999, applicabile alla nuova procedura in virtù del rinvio generale disposto dall'art. 8 della l. n. 39 del 2004). Anche nella fase di autorizzazione all'esecuzione del programma il ruolo dei creditori è marginale: l'esecuzione è autorizzata dal Ministro, e i creditori non hanno altro potere che presentare il proprio parere, non vincolante, attraverso il comitato di sorveglianza, al cui interno, tra l'altro, i creditori stessi rappresentano solo una minoranza (art. 45 d.lgs. n. 270 del 1999)”; (iv) “né tantomeno la previsione che l'eventuale proposta di concordato debba essere approvata dai creditori può indurre a rivalutare il ruolo dei creditori nella procedura, in quanto la conseguenza della mancata approvazione non è la dichiarazione di fallimento, bensì l'attribuzione al commissario straordinario del potere-dovere di presentare un programma di cessione dei complessi aziendali (art. 4-bis, 11 o comma, l. 39 del 2004, come introdotto dal d.l. n. 119 del 2004)”.

⁹²⁶ Sul fronte “interno”, peraltro, nell'ottica di un bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti del “lavoro” e del “credito” al quale fa riferimento SANASI D'ARPE, *Linee evolutive delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e prospettive di riforma*, cit., 20, si v. anche le constatazioni di A. NUZZO, *Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa*, cit., 108: “la legislazione italiana sull'amministrazione straordinaria ha consentito di assicurare per quanto possibile la prosecuzione dell'attività imprenditoriale in crisi, tutelando specificamente i lavoratori e lasciando ai risparmiatori coinvolti la tutela ordinariamente riservata ai creditori concorsuali”.

dalla normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato⁹²⁷. Gli scopi perseguiti attraverso la politica della concorrenza sono rappresentati dal raggiungimento di un mercato comune, dallo stimolo dell'attività economica, da una efficiente allocazione delle risorse, dai benefici per l'innovazione, dal vantaggio per i consumatori. Sia le norme sulla concorrenza applicabili alle imprese (artt. 81 e 82 Trattato), che quelle applicabili agli Stati membri (artt. 87 e 88 Trattato) sono volte a garantire il raggiungimento del mercato comune e il mantenimento di una struttura competitiva del mercato, con i conseguenti effetti benefici in tema di prezzi, livelli della produzione, varietà e qualità dei prodotti offerti. [...] *Tutela della concorrenza non significa, quindi, tutela dei creditori dell'impresa insolvente a conseguire il migliore soddisfacimento possibile e, pertanto, una procedura di risanamento lesiva dei diritti dei creditori non costituisce necessariamente una procedura che viola il divieto di aiuti di Stato* posto dall'art. 87 Trattato Ce”⁹²⁸ (corsivo aggiunto).

Sulla scorta di tale premessa, non si pongono dubbi di compatibilità nell'ipotesi in cui il “prezzo” della ristrutturazione dell'impresa insolvente coincida con il sacrificio degli interessi dei creditori, pagati in percentuali più basse e secondo una dilazione

⁹²⁷ Sul punto v., di recente, MEO, *Aiuti di Stato e forme di risanamento d'impresa compatibili*, cit., 2011, spec. 52, ove precisa: “In base alla disciplina degli aiuti di Stato, nulla impone che l'aiuto sia dato soltanto alle imprese che assicurino, oltre alla continuità, anche la *par condicio creditorum*”. V. anche le osservazioni di STANGHELLINI, *Caso Alitalia e procedure concorsuali*, in A.G.E., 2010, 383, a proposito della distinzione fra la posizione dei creditori e quella degli azionisti: “Il diritto dell'impresa, e in particolare il diritto delle società, si fonda sulla circostanza che le pretese dei vari finanziatori sono stratificate e disposte secondo un ordine di priorità. Più in alto, e dunque prioritarie, stanno le pretese dei creditori, cioè di coloro che hanno finanziato l'impresa in cambio della promessa, giuridicamente vincolante e coercibile, della restituzione del capitale e degli interessi. Più in basso, e dunque postergate rispetto alla soddisfazione dei creditori, stanno invece le pretese di coloro che hanno finanziato l'impresa senza alcun vincolo di restituzione né del capitale né degli interessi, ma con l'aspettativa (non coercibile) di ottenere la distribuzione degli utili e, in genere, di tutto ciò che non sia necessario per pagare i creditori”.

⁹²⁸ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 83-84. Sul tema v. altresì, a vario titolo, AA.VV., *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 223 ss.; G. CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Trattato Galgano*, Padova, 1979; F. D'ALESSANDRO, *Politica della crisi d'impresa: risanamento o liquidazione dell'azienda?*, in *Fallimento*, 1980, 30 ss.; ID., *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 66 ss.; A. GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 237 ss.; ID., *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1982, pp. 723 ss.; G. MINERVINI, *Alcune riflessioni in tema di composizione della crisi dell'impresa industriale*, in *Scritti in memoria di G. Ferri*, Padova, 1983, 14 ss.; A. JORIO, *Salvataggio o liquidazione delle imprese in crisi?*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 451 ss.; G. PIEPOLI, *Interessi individuali e interessi collettivi nel risanamento della grande impresa*, Milano, 1983; M. SANDULLI, *La crisi economica dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 971 ss.; S. PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989; A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989; L. PAOLUCCI, *Imprese in crisi*, voce del *Digesto comm.*, VII, Torino, 1992, p. 210; A. CAVALAGLIO, *La tutela dei creditori*, in AA.VV., *Fallimento e amministrazione straordinaria*, Milano, 1999, 129; A. JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001.

temporale più ampia rispetto ad un'ipotesi liquidatoria (sacrificio che non trova, come rilevato, protezione nell'ordinamento comunitario e quindi non involge potenziali profili di incompatibilità), ma a fronte un risanamento aziendale conseguito attraverso investimenti di importo inferiore rispetto ai profitti attesi⁹²⁹.

Viceversa, “meno agevole è la soluzione quando la procedura di risanamento abbia ad oggetto un'impresa in grado di tornare ad ottenere una redditività positiva solo con investimenti che superano il suo valore atteso. In tale ipotesi, l'impresa potrebbe avere un «costo negativo» per la società, in quanto la quantità di ricchezza prodotta è inferiore alla somma dei fattori produttivi impiegati. Il mantenimento in vita di imprese che distruggono ricchezza e che continueranno a farlo in futuro sembrerebbe essere un'operazione lesiva dell'economia in generale, in grado di distorcere l'allocazione delle risorse e, quindi, suscettibile di violare il divieto di aiuti di Stato”⁹³⁰.

Al tempo stesso, però, non va trascurato che “se l'attività prosegue, vuol dire che l'impresa continua ad entrare in rapporto con i terzi, stipula contratti, accede al credito bancario e commerciale. Si pone, quindi, il problema di capire come venga finanziata questa prosecuzione dell'attività d'impresa: [ebbene la risposta è che] i terzi entrano in rapporto con l'impresa in procedura solo se risulta integrata una di queste due condizioni: a) lo Stato o un altro ente pubblico garantiscono il pagamento dei crediti sorti durante la procedura; b) vi sono ragionevoli prospettive di risanamento. Nel primo caso siamo dinanzi ad un classico esempio di aiuto di Stato [mentre] nel secondo caso, invece, [...] i terzi manterranno i propri rapporti economici con l'impresa solo se hanno *fiducia* nel risanamento dell'impresa, e, quindi, se ritengono, in base ad una valutazione fondata sull'interesse personale, che l'impresa possa riacquistare una redditività positiva e recuperare la capacità di adempiere quantomeno i nuovi crediti che nascono

⁹²⁹ In tal senso v. D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 84. Sul punto v. anche MEO, *Aiuti di Stato e forme di risanamento d'impresa compatibili*, cit., 2011, spec. 61, il quale osserva: “deve ritenersi che per gli aiuti per la ristrutturazione non vi sia spazio alcuno per soluzioni concorsuali che abbiano quale presupposto concorrente con lo sfruttamento dell'aiuto quello di infliggere in tutto o in parte ai creditori delle decurtazioni nelle rispettive attese di recupero. Il piano di ristrutturazione che prevedesse stralci di creditori, infatti, verrebbe meno al requisito, essenziale perché l'aiuto sia considerato lecito, che attraverso di esso l'impresa torni a una gestione ordinata e redditizia con i propri mezzi. Parte essenziale del piano sarebbe piuttosto il trasferimento degli oneri del ritorno *in bonis* su soggetti terzi, i creditori, violando sotto questo profilo il canone fondamentale di compatibilità dell'aiuto consistente nella non distorsione della concorrenza. Questo problema è avvertito assai meno nel caso degli aiuti per il salvataggio, nei quali l'intervento è temporaneo e necessariamente redimibile, dovendo esso obbligatoriamente sfociare in un intervento di ristrutturazione o nella liquidazione, comunque col vincolo di restituzione dell'aiuto ricevuto”.

⁹³⁰ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 85, rinviando a STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2001, 305.

dall'attività. [Di risulta, ciò significa che] la scelta è affidata ai terzi con i quali l'impresa insolvente entra in rapporto per proseguire sulla strada del risanamento. In ambedue i casi, la prosecuzione dell'attività d'impresa è possibile solo se il mercato attribuisce un *valore positivo* all'impresa che perde, se intravede che i costi per farla tornare al valore sono inferiori ai profitti che si potranno produrre. Anche nelle procedure risanatorie più attente alle esigenze di conservazione del complesso produttivo quale quella in esame, quindi, la prosecuzione dell'attività si svolge solo quando è riconosciuta all'impresa la capacità futura di tornare a creare ricchezza. Da ciò un'agevole conclusione: *il mantenimento in vita dell'impresa insolvente può essere anche in questo caso conforme all'obiettivo di una efficiente allocazione delle risorse e, dunque, compatibile con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato. Il tentativo di risanamento attuato malgrado l'interesse dei creditori non è necessariamente uno strumento per distruggere valore, ma può diventare un mezzo per crearlo o, quantomeno, preservarlo*⁹³¹ (corsivo aggiunto).

4.3. (Segue). Analisi di alcune misure (solo) potenzialmente incompatibili. La continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa. La moratoria sui debiti ed il divieto di azioni esecutive.

Sebbene attualmente, come già rilevato, la portata “discriminatoria” della previsione della continuazione dell'attività d'impresa nell'amministrazione straordinaria sia stata notevolmente attenuata dalla riforma del diritto fallimentare⁹³², e quindi dalla diffusa presenza di tale obiettivo anche nelle altre procedure concorsuali, val la pena rammentare che anche su tale profilo si era concentrata l'attenzione di quella dottrina che ha sostenuto la compatibilità della *legge Marzano* con l'ordinamento comunitario, anche sotto tale profilo; e ciò, infatti, sulla scorta di una duplice considerazione: a) in primo luogo, poichè la continuazione dell'attività, da parte dell'impresa insolvente in amministrazione straordinaria, “è funzionale alla finalità, concorrenziale in senso

⁹³¹ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 86.

⁹³² In tal senso si rinvia nuovamente a Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., ove precisa: “La soluzione privilegiata dalla disposizione in esame può essere iscritta, infatti, nella *nuova modalità di approccio alla crisi dell'impresa che caratterizza il nostro ordinamento, alla quale è stata ispirata anche la riforma della legge fallimentare, connotata dal superamento della concezione liquidatoria dell'impresa, in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda, per fini di utilità sociale (tra questi, la tutela del lavoro), conseguibile anche mediante cessioni e concentrazioni*” (corsivo aggiunto).

stretto, di mantenere operante sul mercato il maggior numero possibile di imprese. Il diritto della concorrenza favorisce la permanenza sul mercato del maggior numero possibile di imprese⁹³³: maggiore è il numero di concorrenti operanti sul mercato, maggiore sarà il tasso di concorrenza e, quindi, maggiori gli effetti positivi della concorrenza sul mercato, in termini di prezzo, livelli della produzione, qualità e varietà dei prodotti⁹³⁴. Questo obiettivo, si noti, assume un preciso rilievo giuridico proprio in relazione alle misure agevolative concesse a favore di imprese in crisi. Gli «Orientamenti comunitari sugli aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà» dispongono, infatti, che gli aiuti alle imprese possono essere giustificati dalla necessità di mantenere la competitività del mercato quando la scomparsa di talune imprese potrebbe dar luogo ad una situazione di monopolio o di oligopolio^{935,936}; b) parimenti, l'analisi di compatibilità a proposito della continuazione dell'esercizio dell'impresa ha esito positivo se “si pone mente alla finalità specifica delle norme sugli aiuti di Stati: garantire una competizione ad armi pari tra le imprese. Il divieto di aiuti di Stato è imposto per impedire che l'impresa beneficiaria si ponga in una situazione di privilegio rispetto ai concorrenti e possa attirare capitali e clientela non già sulla base di una propria maggiore efficienza, ma solo in virtù di un indebito intervento agevolatore da parte di uno Stato. Rispetto a tale obiettivo, la continuazione dell'attività economica da parte di un'impresa insolvente e altrimenti destinata alla liquidazione rappresenta un

⁹³³ Cfr. la sentenza del 18 settembre 2001, causa T-112/99, *M6 e altri contro Commissione*, in *Racc.*, 2001; in dottrina, v., *inter alia*, L. ARNAUDO, *Le restrizioni accessorie nel diritto antitrust*, in *Contr. e Impr. Europa*, 2002, 931 ss. e, per l'analisi del medesimo tema nell'ambito delle privatizzazioni, v. F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996.

⁹³⁴ In tal senso si rinvia ancora a quanto osservato dai già citati GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, cit., [e v. OECD, *Roundtable on failing firm defense*, DAF/COMP(2009)38, Paris, 10-8-2010, 37 “the financial problems of those firms may be resolved by merging with financially healthier partners. A successful merger will prevent a failing firm's bankruptcy and retain the firm's assets in the market, which may be privately profitable not only for the stakeholders of the failing firm but also for the acquirer's shareholders, and beneficial to the competitive process and consumer welfare”] che hanno rilevato come la “moderna” disciplina della concorrenza, non differentemente dalle norme fallimentari, “tende alla conservazione (ed eventualmente alla redistribuzione) del patrimonio aziendale, poiché la sua dissoluzione inciderebbe negativamente sulle condizioni di offerta e, per questa via, sui prezzi, sulla varietà dei prodotti e sul tasso di innovazione”.

⁹³⁵ Cfr. il par. 8 dell'Introduzione agli Orientamenti sugli aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà del 2004 ove si precisa: «la concessione alle imprese in difficoltà di aiuti per il salvataggio o per la ristrutturazione può essere considerata legittima solo a determinate condizioni. Essa può essere giustificata, ad esempio, per ragioni di politica sociale o regionale, perché occorre tener conto dei positivi effetti economici dell'attività delle piccole e medie imprese (PMI), o ancora, in via eccezionale, perché può essere auspicabile conservare una struttura di mercato concorrenziale nel caso in cui la scomparsa di imprese possa determinare una situazione di monopolio o di oligopolio ristretto. D'altra parte, non sarebbe giustificato tenere artificialmente in vita un'impresa in un settore in cui si registra una sovracapacità strutturale di lungo periodo, o qualora l'impresa sopravviva solo grazie all'intervento ripetuto dello Stato.».

⁹³⁶ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 87.

elemento indifferente. Le norme sugli aiuti di Stato non sono finalizzate ad impedire la presenza sul mercato di imprese insolventi, ma destinate ad impedire che l'attività di alcune imprese possa essere indebitamente agevolata. Qualora la prosecuzione dell'attività da parte di un'impresa insolvente non sia in alcun modo agevolata dal legislatore, se non attraverso la moratoria sui pagamenti e la protezione dalle azioni esecutive dei singoli creditori, gli interessi tutelati dalle norme sugli aiuti di Stato non subiscono lesione alcuna”⁹³⁷.

Ulteriore profilo sul quale si è concentrata la valutazione di compatibilità delle misure di cui alla *legge Marzano* è la “protezione dai creditori concessa all’impresa insolvente” e che si sostanzia nel (i) la moratoria nel pagamento dei debiti e (ii) divieto di azioni esecutive, da parte dei creditori, per l’intero corso della procedura.

Tuttavia, anche a tal proposito si è rilevato che “malgrado la moratoria e il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive arrechino un indubbio vantaggio all'impresa beneficiaria non sembra, però, che queste misure possano essere ricomprese nel divieto di aiuti di Stato di cui agli artt. 87 e ss. Trattato Ce. Per vero, il divieto di azioni esecutive rappresenta una caratteristica essenziale ed ineliminabile di ogni procedura concorsuale. Esso, infatti, rappresenta un mezzo necessario per la realizzazione di quella soddisfazione «concorsuale» dei creditori che costituisce l'anima di ogni procedura di regolazione della crisi d'impresa. Il divieto di azioni esecutive individuali e la moratoria sui debiti caratterizza tutte le procedure concorsuali, sia quelle volte alla liquidazione del patrimonio del debitore, sia quelle finalizzate al risanamento”⁹³⁸. [...] Considerare aiuto di Stato il divieto di azioni esecutive si risolve, quindi, in una negazione di ogni procedura concorsuale a carattere risanatorio, anche di quella avente ad oggetto un'impresa con un'attuale o potenziale redditività positiva. Ma una soluzione di tal genere, con l'inevitabile corollario di distruzione di ricchezza che ad essa si ricollega, non può essere accettata, ponendosi in contrasto con gli stessi principi di efficiente allocazione di risorse e di creazione di valore che le norme sulla concorrenza vogliono conseguire. Il divieto di azioni esecutive non può, quindi, essere ricondotto nel divieto di aiuti di Stato, in quanto strumento essenziale per impedire la distruzione di ricchezza che la procedura concorsuale di tipo risanatorio consente di evitare”⁹³⁹.

⁹³⁷ Così D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 87-88.

⁹³⁸ Sul tema v. L. GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco tra risanamento e liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 152.

⁹³⁹ Così D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 87-89.

4.4. (Segue). La disciplina della revocatoria fallimentare nella legge Marzano. Conferme sulla compatibilità anche sotto il profilo “comunitario”. Brevi note sui contratti pendenti.

Come abbiamo precedentemente rilevato, la disciplina dell'azione revocatoria nella *legge Marzano*, ammessa – diversamente dalla *Prodi bis*⁹⁴⁰ che ne limitava l'esperibilità nell'esclusivo ambito di esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali – «anche nel caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione, purchè si traduca[...] in un vantaggio per i creditori»⁹⁴¹, è stata oggetto del giudizio di costituzionalità formulato dalla Consulta con sentenza del 21 aprile 2006, n. 172⁹⁴².

La Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 cit., *legge Marzano*, rispetto agli artt. 3 e 41 Cost⁹⁴³ (per violazione – evidentemente - del principio di uguaglianza e di libertà di concorrenza), sollevata dal Tribunale di Parma, ha rilevato che “*non sono fondate le q.l.c. [...] in riferimento agli artt. 3 e 41 cost., nella parte in cui consente l'esercizio delle azioni revocatorie, [...], in costanza di un programma di ristrutturazione dell'impresa [in quanto] le questioni danno per acquisita la conseguenza che l'art. 6 consente all'imprenditore insolvente di ristrutturarsi a spese dei terzi assoggettati a revocatoria, laddove l'analisi dell'intero sistema normativo delineato dal d.l. n. 347 del 2003 porta a ritenere non pleonastico l'inciso finale dell'impugnato art. 6 (secondo cui occorre che le azioni revocatorie si traducano in un vantaggio per i creditori), e, anzi, consente di attribuirgli un valore*

⁹⁴⁰ Cfr. art. 49, co. 1, D. Lgs. n. 270/99, ove statuisce: «Le azioni per la dichiarazione di inefficacia e la revoca degli atti pregiudizievoli ai creditori previste dalle disposizioni della sezione III del capo III del titolo II della legge fallimentare possono essere proposte dal commissario straordinario soltanto se è stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali, salvo il caso di conversione della procedura in fallimento».

⁹⁴¹ Cfr. il co. 1 dell'art. 6 del d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003, convertito nella legge 18 febbraio 2004 n. 39: «Il commissario straordinario può proporre le azioni revocatorie previste dagli articoli 49 e 91 del decreto legislativo n. 270 anche nel caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione, purché si traducano in un vantaggio per i creditori», così modificato dalla legge di conversione 18 febbraio 2004, n. 39, e successivamente dall'articolo 4^{quater} del d.l. 3 maggio 2004, n. 119.

⁹⁴² Edita, *inter alia*, in *Giur. cost.*, 2006, 2, 1505 (s.m.), con nota di LIBERTINI; in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 4, II, 401 (s.m.), con nota di MACARIO, e in *Giur. comm.*, 2008, 6, II, 1108. In senso critico, v. le note di COTTINO, in *Giur. it.*, 2006, 1423 ss. e RESCIGNO, *Le leggi Parmalat al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2006, 1237.

⁹⁴³ La questione è ben ricostruita da BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 156 ss., a cui si rinvia.

*preciso, quello di ammettere le azioni revocatorie solo quando la procedura si sia evoluta in senso liquidatorio, sicché deve escludersi la denunciata violazione dell'art. 3 cost., così come va esclusa la fondatezza del dedotto contrasto con l'art. 41 cost., sotto il profilo del turbamento della concorrenza e della parità di condizioni tra imprenditori sul mercato”*⁹⁴⁴ (corsivo aggiunto).

Così risolta la questione di costituzionalità (in una direzione che lascia trasparire, implicitamente, un orientamento potenzialmente non sfavorevole della Consulta anche rispetto alla non rilevanza della questione sul piano “comunitario”), rimane aperto l’interrogativo a proposito della compatibilità dell’azione revocatoria *ex legge Marzano* con la disciplina sugli aiuti di Stato, eccezione già sollevata dinanzi al Tribunale di Parma (e ritenute rilevanti da quest’ultimo), il quale ha però ritenuto – in senso contrario all’orientamento dominante⁹⁴⁵ – la pregiudiziale costituzionale prevalente (in ordine di priorità) su quella “comunitaria”.

I profili di criticità⁹⁴⁶ collegati all’esercizio dell’azione revocatoria nell’ambito di un programma di ristrutturazione (piuttosto che di cessione dei complessi aziendali⁹⁴⁷) sono stati sostanzialmente ravvisati nell’assenza, in tal caso, di una finalità di ricostituzione del patrimonio del debitore⁹⁴⁸ e conseguente riparto a beneficio dei creditori (che è invece propria del programma di cessione e che esclude vantaggi competitivi in capo all’impresa considerata⁹⁴⁹), posto che, si è osservato, in tale procedura “il vittorioso esito di una revocatoria fallimentare non sarebbe altro che una

⁹⁴⁴ Così nella massima, pubblicata su www.dejure.giuffre.it, relativa alla sentenza della Corte Cost., 21 aprile 2006, n. 172, cit. Per un’approfondita analisi della sentenza, si rinvia altresì a BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 156 ss, mentre, in senso contrario alla soluzione accolta dalla Consulta cfr., a vario titolo, FABIANI, *Dai pomodori ai latticini, ovvero dalla regola all’eccezione: un testo unico per l’amministrazione straordinaria e la gestione dei gruppi transnazionali*, cit., 1567 ss.; PANZANI, *Parità di trattamento tra creditori e tutela della concorrenza*, cit., 761 ss.; POLI, *Il giudizio di costituzionalità dell’art. 6 della “legge Marzano”: la Corte riconosce la legittimità delle revocatorie fallimentari nelle procedure di “risanamento oggettivo”*, cit., 1232 ss.; PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, cit., 268 ss.; STAUNOVO POLACCO, *Art. 6. Azioni revocatorie*, cit., 231 ss.

⁹⁴⁵ Cfr. sulla fattispecie della prevalenza (in ordine di priorità) della pregiudiziale comunitaria su quella costituzionale, per tutti, TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 312 ss., nonché, in giurisprudenza, Corte Cost., 21 marzo 2002 (ord.), n. 85, in *Foro it.*, 2002, I, 1606 ss.; Corte Cost., 5 giugno 2002 (ord.), n. 238, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 258 ss.

⁹⁴⁶ Su cui cfr. BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge «Marzano»)*, cit., 371; G. ALESSI, *L’amministrazione straordinaria accelerata*, cit., 33.

⁹⁴⁷ V. sul punto PACCHI PESUCCI, *Revocatoria fallimentare tra tutela del credito e gestione della crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 376; MAFFEI ALBERTI, *Revocatoria fallimentare e conservazione dell’impresa*, in *Fallimento*, 1998, 899.

⁹⁴⁸ Principio riconducibile alla c.d. teoria indennitaria, su cui v., *inter alia*, LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un’autocritica*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 84 ss. Sulla teoria c.d. anti-indennitaria v. invece il lavoro monografico di MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Milano, 1970.

⁹⁴⁹ V. sul punto S. AMBROSINI-JEANTET, *La revocatoria fallimentare nelle procedure «amministrative» fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza: la questione degli aiuti di Stato*, cit., 212.

forma di finanziamento forzoso a favore dell'impresa insolvente, diventando strumento per sostenere l'impresa agevolandone il cammino nel programma di risanamento”⁹⁵⁰ (circostanza tuttavia esclusa nella pronuncia della Corte Cost. cit.).

Ciò nonostante, si è osservato che sebbene “l'esercizio della revocatoria fallimentare nell'ambito di una procedura di risanamento pone l'impresa insolvente in una indubbia posizione di privilegio rispetto ai concorrenti [identificabile nel beneficio conseguito attraverso l'utilizzo delle somme rivenienti dalla revocatoria che – differentemente da una procedura liquidatoria – non verrebbero (direttamente) destinate al soddisfacimento dei creditori bensì all'esercizio dell'impresa, “con ciò venendo ad assumere una natura e un effetto identico a quello di una sovvenzione statale”⁹⁵¹], non pare possibile, allo stato attuale della giurisprudenza comunitaria, qualificare la stessa quale aiuto di Stato vietato ai sensi dell'art. 87 Trattato Ce”⁹⁵².

E ciò in quanto la misura in questione sarebbe priva di (almeno) uno dei quattro requisiti individuati dall'art. 107, TFUE, par. 1 (ex art. 87, n. 1, CE), che, ci insegna la giurisprudenza⁹⁵³, debbono sussistere invece tutti (ed ognuno) cumulativamente: il riferimento è alla (mancanza di) riconducibilità della misura in questione ad un *intervento dello Stato*, ovvero alla sua realizzazione *mediante risorse statali* (c.d. finanziamento di origine pubblica⁹⁵⁴).

Tale requisito, si è già rilevato, deve essere interpretato in conformità al “costante orientamento seguito dalla giurisprudenza, secondo cui *il vantaggio all'impresa*

⁹⁵⁰ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 95, rinviando, per un'interpretazione in tal senso, a PACCHI PESUCCI, *Revocatoria fallimentare tra tutela del credito e gestione della crisi*, cit., 377; A. GAMBINO, *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure concorsuali conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 718.

⁹⁵¹ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 96. Ma v. anche BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 163-164, che osserva: “il problema della compatibilità dell'azione revocatoria prevista dalla legge Marzano con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato è dunque superato quando la procedura sia convertita in fallimento [...]; ugualmente, nell'ipotesi di adozione di un programma di cessione dei complessi aziendali [...]. Anche la fattispecie che ha portato il Tribunale di Parma all'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, quella cioè di approvazione di un concordato con l'attribuzione ad un assuntore delle attività delle imprese interessate e con il trasferimento al medesimo delle azioni revocatorie, [...], è stata equiparata, dalla Corte Costituzionale, ad un'ipotesi liquidatoria. Alla luce - e nei limiti - di tale interpretazione [...], l'esercizio dell'azione revocatoria, nei casi sopra citati, non soddisferebbe le condizioni per l'individuazione di un regime di aiuti di Stato. Non si ravvisano, tra l'altro, differenze con l'ipotesi di azione revocatoria nell'ambito del programma di cessione di cui alla legge Prodi-bis, ad oggi, non contestata dalla Commissione”.

⁹⁵² Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 96.

⁹⁵³ V., *ex multis*, Corte di Giustizia, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Regno del Belgio c. Commissione*, c.d. *Tubemeuse*, in *Racc.*, 1990, I-959, punto 25; Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica Francese c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, I-4397, punto 68; Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, sentenza *Altmark*, in *Racc.*, 2003, I-7747, punti 74 e 75.

⁹⁵⁴ V. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

*beneficiaria, qualunque ne sia la forma, deve comunque corrispondere ad un onere finanziario a carico dell'ente erogatore. Non basta perciò che la misura in esame comporti un vantaggio per determinate imprese rispetto alle altre, ma occorre anche che tale vantaggio sia la contropartita di un onere che l'ente pubblico subisce*⁹⁵⁵: “la consacrazione definitiva dell'interpretazione in senso *cumulativo* [è stato osservato] si rinviene nella sentenza *Stardust Marine* nella quale la Corte, nell'esaminare per la prima volta separatamente i due presupposti dell'imputabilità allo Stato e del trasferimento di risorse statali, ha espressamente statuito”⁹⁵⁶: “*determinati vantaggi, per poter essere qualificati come aiuti ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE [oggi 107, par. 1, TFUE], debbono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali [...]*⁹⁵⁷ *e, dall'altro, essere imputabili allo Stato [...]*^{958,959} (corsivo aggiunto).

Alla luce di tale orientamento della giurisprudenza comunitaria, si è precisato che “*l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare da parte dell'impresa insolvente ammessa ad una procedura concorsuale di tipo risanatorio non comporta alcun onere supplementare a carico dello Stato, in quanto non determina alcun trasferimento, diretto o indiretto, di risorse statali verso tale impresa. Il vantaggio per l'impresa insolvente è conseguito non a carico dell'erario statale, bensì in danno dei terzi che con la stessa sono entrati in contatto prima dell'apertura della procedura concorsuale. Malgrado la misura possa provocare un duplice effetto anticoncorrenziale (aumento di risorse per l'impresa beneficiaria, aumento di oneri a carico delle imprese concorrenti), l'assenza di ogni onere statale impedisce l'applicabilità dell'art. 87 Trattato Ce [art. 107 TFUE]. Ne consegue che, sulla base dell'attuale orientamento della giurisprudenza comunitaria, l'azione revocatoria fallimentare esercitata dal commissario straordinario*

⁹⁵⁵ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

⁹⁵⁶ EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 24-25.

⁹⁵⁷ “V. sentenze 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*, Racc. pag. I-887, punto 19; 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Racc. pag. I-6185, punto 16; 7 maggio 1998, cause riunite da C-52/97 a C-54/97, *Viscido e a.*, Racc. pag. I-2629, punto 13; 1° dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*, Racc. pag. I-7907, punto 35; 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio*, Racc. pag. I-3735, punto 35, e 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, Racc. pag. I-2099, punto 58”.

⁹⁵⁸ “Sentenze *Van der Kooy e a./Commissione*, cit., punto 35; 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia/Commissione*, Racc. pag. I-1433, punto 11, e 21 marzo 1991, causa C-305/89, *Italia/Commissione*, cit., punto 13”.

⁹⁵⁹ Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, c.d. *Stardust Marine*, cit. Cfr. sul punto altresì le sentenze della Corte di Giustizia, 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*, cit., punto 19; Corte di Giustizia, 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Petra Kirsammer-Hack c. Nothan Sidal*, in Racc., 1993, I-6185; Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Soc. Industrie aeronautiche e meccaniche Piaggio c. Dornier Luftfabrt GmbH*, punto 35; Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia c. Commissione*, in Racc., I-4397; Corte di Giustizia, 20 novembre 2003, causa C-126/01, *Ministre de l'Economie c. GEMO SA*, in Racc., 2003, I-13769.

nel corso del programma di ristrutturazione si presenta compatibile con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato, malgrado il suo indubbio effetto discorsivo sulla concorrenza [su cui però, in termini diversi, v. la successiva pronuncia della Corte Costituzionale del 21 aprile 2006, n. 172, cit.]”⁹⁶⁰ (corsivo aggiunto).

Sulla scorta della medesima argomentazione possono essere superati i dubbi di compatibilità “comunitaria” della disciplina sui contratti pendenti nella *legge Marzano*, laddove essa, rinviando all’art. 50 del D. Lgs. n. 270/99, c.d. *Prodi bis*, riconosce al commissario straordinario, nell’interesse del debitore-impresa insolvente, la facoltà di «sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell’amministrazione straordinaria»: l’esercizio di un tale potere discrezionale, da parte del commissario, nell’ambito di una procedura tendente al risanamento, può tradursi in un vantaggio competitivo per l’impresa beneficiaria che potrà (continuare ad) operare sul mercato liberandosi dei rapporti contrattuali quei “antieconomici” e conservando, invece, quelli profittevoli⁹⁶¹ (diversamente dalle altre imprese concorrenti che non godono di tale vantaggio).

Pur potendosi ravvisare anche in tale ipotesi un vantaggio competitivo *ad personam*, potenzialmente lesivo della concorrenza e, in particolare, della disciplina sugli aiuti di Stato, assumendo esso i tratti tipici della “sovvenzione”, si è rilevato che “così come con riferimento all’esercizio della revocatoria fallimentare, *l’assenza del requisito dell’onere statale conduce, allo stato attuale della giurisprudenza comunitaria, a escludere che la facoltà di scioglimento dai contratti in corso possa essere qualificato come aiuto di Stato vietato. L’esercizio della facoltà di scioglimento dai contratti pendenti, anche se suscettibile di attribuire un vantaggio patrimoniale per l’impresa, non comporta alcun onere per l’erario statale, inteso come minore introito o maggiore esborso*. Si tratta di una vicenda che rimane sul piano dei rapporti meramente privati tra le diverse imprese operanti sul mercato, senza alcuna ripercussione di

⁹⁶⁰ Così D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 96-97. In senso conforme, v. PANZANI, *Parità di trattamento tra creditori e tutela della concorrenza*, cit., 770 e STAUNOVO POLACCO, *Art. 6. Azioni revocatorie*, cit., 236, che esclude la configurabilità di un aiuto di Stato a proposito dell’azione revocatoria disciplinata dall’art. 6 della *legge Marzano* poiché non risulta che essa “comporti o sia in grado di comportare, oneri supplementari per lo Stato italiano, sotto nessuna forma”, così accogliendo la chiave di lettura suggerita da MONTANARI, *Ammissione all’amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, cit., già a proposito della *legge Prodi*.

⁹⁶¹ In tal senso D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 98-99.

carattere patrimoniale per lo Stato o altri enti pubblici. Di qui l'impossibilità di qualificare la misura quale aiuto di Stato"⁹⁶² (corsivo aggiunto).

5. Sulla compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria introdotta dal d.l. n. 134/2008 (caso Alitalia) con specifico riferimento al comma 4-*quinquies* cit. Considerazioni preliminari. Valorizzazione della *dimensione sociale* dell'UE e "prevalenza" sulla concorrenza. La crisi come "strumento" di (ri)valorizzazione dei *fini sociali*.

All'esito dell'indagine complessiva sin qui condotta, intendiamo ora rassegnare alcune considerazioni conclusive con specifico riferimento alla disposizione di cui al comma 4-*quinquies* del d.l. n. 134/2008 (già oggetto del positivo giudizio di compatibilità "interna" formulato dalla Corte Costituzionale⁹⁶³) ed alla relativa compatibilità con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato.

Tali considerazioni, tuttavia, debbono essere contestualizzate nell'ambito di *due fondamentali premesse*, che hanno sin qui ispirato ed orientato la nostra indagine, contrassegnandone scopi ed obiettivi.

In primo luogo, il riferimento va alla declinata *evoluzione della «tutela della concorrenza»* tanto sul piano costituzionale quanto – soprattutto, ai nostri fini - sul piano comunitario, la quale, come già rilevato, si è inevitabilmente riflessa anche sulla disciplina in tema di aiuti di Stato e sull'attuazione (evolutiva) della stessa nel mercato comune.

Invero, abbiamo osservato come il processo di *rafforzamento della dimensione sociale europea a scapito della concorrenza*, che "non figura più fra i fini dell'Unione, ma solo come strumento dell'azione comunitaria"⁹⁶⁴, e quindi il perseguimento di una politica economica ispirata "ai dettami di un'economia sociale di mercato"⁹⁶⁵ (secondo il

⁹⁶² Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 99.

⁹⁶³ Con la sentenza del 22 luglio 2010, n. 270, cit.

⁹⁶⁴ Così TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 8; ma v. *amplius*, LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 191 ss.; ID., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit., 3296 ss.

⁹⁶⁵ Su cui v., per tutti, MICCÙ, *L'economia sociale di mercato come nuovo "principio-speranza"?: diritti fondamentali e politiche sociali in un sistema costituzionale 'multilivello'*, cit., *passim* e, da ultimo, ID., *Economia e Costituzione. La costituzione economica nell'ordinamento composito europeo*, cit., *passim*.

linguaggio recepito a Lisbona), che contempera valori di mercato e fini sociali”⁹⁶⁶, ha comportato la mutazione del concetto di *interesse comunitario*, preordinato alla differenziazione fra aiuti vietati e aiuti ammessi⁹⁶⁷.

Infatti, tale differenziazione in precedenza “si identificava con una rigorosa (talora astratta) tutela delle regole concorrenziali; l’attenzione si concentrava essenzialmente sugli aspetti negativi degli aiuti, sugli effetti (anche solo potenzialmente) lesivi della concorrenza. Ora si attribuisce uguale peso agli effetti pro-concorrenziali; e si riconosce che questi possono essere prevalenti in una serie di casi (misure a favore delle pmi, degli investimenti, del capitale di rischio, della ricerca, dell’innovazione). Ma vi è anche qualcosa di aggiuntivo e diverso. *L’interesse comunitario non si identifica più in modo esclusivo con il mercato e la concorrenza ma si estende alle finalità sociali ormai stabilmente recepite nel diritto dell’Unione*. La politica europea della concorrenza non può andare disgiunta dalle politiche sociali in materia di occupazione, salute, ambiente, coesione territoriale. Il bilanciamento tra effetti positivi e negativi degli aiuti deve tenere conto anche di queste altre politiche”⁹⁶⁸ (corsivo aggiunto).

Alla luce di un quadro comunitario così (consistentemente) modificato, sempre più permeato di finalità sociali (quali la più pregnante salvaguardia dei valori della coesione economica e sociale, di uguaglianza, solidarietà, occupazione, salute, e tutela dell’ambiente e dei servizi pubblici) che hanno invece sempre costituito parte integrante del tessuto costituzionale italiano, si è osservato come si stia (ormai) assistendo ad “un’osmosi reciproca fra i due sistemi, con l’emergere di un assetto costituzionale convergente, ispirato ai dettami di un’economia sociale di mercato”⁹⁶⁹ (secondo il linguaggio recepito a Lisbona), che contempera valori di mercato e fini sociali”⁹⁷⁰.

Ebbene, nell’ambito di tale evoluzione dell’ordinamento, che già di per sé conduce a ritenere ormai acquisito il valore “relativo” e non assoluto della concorrenza – che, si

⁹⁶⁶ TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 11. In senso conforme, SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l’Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, cit., 17.

⁹⁶⁷ In questo senso TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 10.

⁹⁶⁸ TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 10, che rinvia, a proposito delle richiamate “politiche sociali”, al *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, 7 giugno 2005, COM (2005) 107 def.

⁹⁶⁹ Su cui v., per tutti, MICCÙ, *L’economia sociale di mercato come nuovo “principio-speranza”? : diritti fondamentali e politiche sociali in un sistema costituzionale ‘multilivello’*, in Atripaldi-Miccù-Pernice, Napoli, 2004, *passim* e, da ultimo, ID., *Economia e Costituzione. La costituzione economica nell’ordinamento composito europeo*, Torino, 2011, *passim*.

⁹⁷⁰ TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 11. In senso conforme, SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l’Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 17.

è rilevato, “è certamente un principio costituzionale, ma non è un principio fondamentale, destinato a prevalere in ogni caso possibile di contrasto con altri valori costituzionalmente garantiti”⁹⁷¹ - si innesta la *seconda premessa* alle nostre conclusioni.

Nell'introduzione alla nostra analisi ci siamo posti l'interrogativo (i) “sul fatto se il diritto della concorrenza debba o meno lasciare il passo, quantomeno sotto un profilo sanzionatorio, quando ad essere in crisi non sia una singola impresa, bensì un intero settore industriale o a maggior ragione, come è avvenuto in questi ultimi anni, l'intera economia, determinando l'esplosione dei casi di fallimento delle imprese operanti sia nei mercati finanziari, sia nei mercati reali”⁹⁷²; o, più semplicemente e come sembra ragionevole ritenere, ad avviso di chi scrive, (ii) sul se il carattere “sistemico” della crisi – in uno con il richiamato *rafforzamento della dimensione sociale europea a scapito della concorrenza*⁹⁷³ - debba comportare una rivalutazione (e maggiore considerazione) dei preminenti interessi “generali” da tutelare a scapito della concorrenza atteso che essi (tra cui la tutela occupazionale e la garanzia dell'erogazione di servizi essenziali) assumono, in tale contesto, crescente intensità.

L'indagine sin qui condotta ci porta a confermare la propensione per la seconda opzione, in quanto l'argomento della crisi, nonostante l'effetto “sistemico”, piuttosto che poter determinare *ex se*, ai nostri fini, l'esito positivo dell'indagine di compatibilità dell'amministrazione straordinaria con la disciplina sugli aiuti di Stato (il che si risolverebbe, ad avviso di chi scrive, in una incondizionata – e generalizzata, quanto inaccettabile – “regressione” della concorrenza di fronte alle crisi economiche, in assenza di un'espressa deroga autorizzata dalla Commissione europea), è utile a (ri)valorizzare quei *fini sociali* che (già sul fronte “interno” ma ormai anche) sul piano

⁹⁷¹ Così LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit., 3296 ss., che prosegue: “Ciò è tanto più vero oggi, dal momento che, nell'ordinamento europeo, e in particolare nel nuovo testo dell'art. 3 del Trattato dell'Unione Europea, la concorrenza è riconosciuta come valore strumentale rispetto a finalità complessive di benessere collettivo, che si compongono anche di altri valori, extraeconomici (pace, libertà, sicurezza, giustizia, tutela dell'ambiente, progresso sociale, parità tra uomo e donna, etc.) ed anche economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, etc.); questi valori sono tendenzialmente destinati a prevalere - in caso di insuperabile contrasto - sulla tutela della competizione fra imprese, in quanto tale. Tutto ciò è riassunto nella formula della «economia sociale di mercato altamente competitiva», che connota il modello di economia che il trattato di Lisbona ha scelto per il proprio futuro”. V. anche ID., voce *Concorrenza*, cit., 191 ss.

⁹⁷² Così GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust* cit., 334 ss. Sul punto v. anche PERITZ, *Competition Policy in America*, cit., e HOVENKAMP, *United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*, cit., 311 ss. Cfr. altresì Commissione, *Dodicesima relazione sulla concorrenza*, § 38.

⁹⁷³ Così TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 8; ma v. *amplius*, LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 191 ss.; ID., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit., 3296 ss.

comunitario risultano, come osservato, spiccatamente rafforzati nel (necessario) bilanciamento con la concorrenza⁹⁷⁴.

Invero, già sotto il profilo “storico”, abbiamo osservato che l’attuale gravissima crisi finanziaria e dell’economia reale a livello globale, originatasi negli Stati Uniti nel 2006 e culminata, ai suoi massimi livelli, anche in Europa, nel 2008, è intervenuta sullo sfondo della “dimensione sociale dell’Europa già delineata a Maastricht (1992)”⁹⁷⁵ (ed ulteriormente rinforzata attraverso il Trattato di Amsterdam del 1997) e si pone quindi, in un certo senso, in un’ottica di continuità con essa, proprio per l’esigenza di salvaguardia dei valori sociali che in tempi di crisi si fa più pressante. A tal fine le istituzioni comunitarie, in un’ottica di coordinamento e regolazione preventiva degli interventi nazionali⁹⁷⁶, hanno autorizzato le misure derogatorie di sostegno alle istituzioni finanziarie e di finanziamento dell’economia reale⁹⁷⁷ che abbiamo in precedenza esaminato: tali misure, si deve conclusivamente osservare, piuttosto che risultare esemplificative di un atteggiamento più “lassista” della Commissione europea in materia di aiuti di Stato, forniscono evidenza dell’intento di perseguire una (eccezionale) “politica di aiuti” unitaria a livello europeo, evitando così isolati – e potenzialmente distorsivi, ai fini concorrenziali – interventi nazionali⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ In senso conforme, sul fronte “interno”, e a proposito della sentenza della Corte Costituzionale, 22 luglio 2010, n. 270 cit., si v. BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, cit., 401, ove osserva che “l’evocazione della crisi costituisce, in entrambi i passaggi della motivazione qui citati, un argomento di contorno – più che un «argomento principe» [DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, cit., 29] - e svolge, dunque, una funzione spiccatamente rafforzativa rispetto a più ampie considerazioni in ordine alla (ri)valorizzazione dei riferimenti dell’«utilità sociale» di cui all’art. 41, co. 2, Cost. e dei «fini sociali» di cui all’art. 41, co. 3, Cost. Questi ultimi, lungi dal costituire un’ineffabile «formula magica» [PALMIERI-PARDOLESI, *L’incompiuta: ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*, cit., 2916], come da taluno un po’ semplicisticamente qualificati, si raccordano senz’altro al «dovere di solidarietà politica, economica e sociale posto dall’art. 2 Cost., da un lato, e [al]la garanzia della pari dignità sociale posta dall’art. 3 Cost., dall’altro» [ANGELINI, *L’iniziativa economica privata*, cit.] ma sottendono altresì – come già a suo tempo evidenziato da V. Crisafulli e da C. Mortati in opposizione alla sent. n. 78/1958 – alla piena garanzia del lavoro come principio e come diritto costituzionale ex art. 4, co. 1, Cost.”.

⁹⁷⁵ TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., 8. In senso conforme, SCHEPISI, *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l’Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, cit., 17.

⁹⁷⁶ Per un’analisi comparata dei principali interventi realizzati negli USA ed in Europa (e in particolare in Italia) si v. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 379 ss. e spec. 404 ss.; NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1083 ss.; ID., *L’intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 479 ss.

⁹⁷⁷ Sul punto v., *inter alia*, FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., 379 ss.; DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, cit., 150 ss.; GIGLIO, *Crisi finanziaria e aiuti di Stato alle banche in difficoltà*, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 127 ss.; SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 139 ss.

⁹⁷⁸ In tal senso v. FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l’utilità sociale del salvataggio*, cit., 159, che rileva: “Gli interventi della Commissione europea attuati

6. (Segue). Esito positivo dell'indagine di compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria introdotta dal d.l. n. 134/2008 (caso Alitalia), con specifico riferimento al comma 4-*quinqüies* cit. Insussistenza di un onere supplementare a carico dello Stato. Rilievi conclusivi.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, anche senza voler attribuire valore decisivo alle premesse e considerazioni preliminari sopra enucleate – delle quali pur occorre tener conto per avere cognizione del contesto entro cui la valutazione di compatibilità deve innestarsi – e riportandoci ai risultati positivi già conseguiti, in particolare, a proposito della *legge Marzano*⁹⁷⁹, l'indagine di compatibilità della procedura di amministrazione straordinaria introdotta dal d.l. n. 134/2008 (caso Alitalia), qui condotta con specifico riferimento al comma 4-*quinqüies* cit., può produrre esito positivo non solo sul piano “interno”⁹⁸⁰ ma anche su quello comunitario.

Invero, già a proposito della *legge Prodi*, da taluni (sia in dottrina che in giurisprudenza) considerata incompatibile *in toto* con la disciplina sugli aiuti di Stato⁹⁸¹

con le comunicazioni alle quali si è fatto sopra riferimento ad una più approfondita valutazione si mostrano non già come manifestazione di un atteggiamento più lassista della Commissione bensì si segnalano come evidenze di lungimiranza della Commissione in un'ottica di protezione del mercato europeo. Tali comunicazioni infatti, in concreto, hanno prodotto l'effetto, positivo per il mercato europeo, di attenuare, attraverso autorizzazioni preventive, gli effetti negativi determinati da interventi nazionali estemporanei, inserendo gli stessi in un contesto organico generale, che attenua effetti negativi a catena in ambito economico ed imprenditoriale nell'ambito del settore in cui gli stessi sono realizzati. Le comunicazioni sopra richiamate, all'opposto, evidenziano che le azioni politiche che si concretizzano in aiuti di Stato, in quanto non coordinate in ambito europeo e non articolate nel rispetto di regole precise e generalmente applicabili sono sempre potenzialmente incompatibili con il mercato europeo”. Ma v. anche MEO, *Aiuti di Stato e forme di risanamento d'impresa compatibili*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 50, ove osserva che “gli interventi straordinari, che pur hanno finalità anticrisi, agiscono sui sistemi considerati nel loro complesso, con norme di aiuto più generose da applicare in via generalizzata a tutte le imprese di ciascuno Stato membro (così la Comunicazione n. 2009/C 83/01)” (corsivo aggiunto).

⁹⁷⁹ Laddove abbiamo analizzato e ci siamo riportati, massimamente, alle opinioni espresse da D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 69 ss.

⁹⁸⁰ Ed a tal proposito rinviamo alla posizione espressa dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 22 luglio 2010, n. 270, cit., e alle relative noterelle (adesive) a margine che abbiamo sviluppato in questo capitolo.

⁹⁸¹ Cfr. G. TARZIA, *Disapplicazione della legge Prodi per contrasto con la disciplina comunitaria*, in *Fallimento*, 2000, 517; STAUNOVO POLACCO, *La «Legge Prodi» dopo la decisione della Commissione CE 16 maggio 2000 e gli altri provvedimenti degli organi comunitari*, in *Fallimento*, 2001, 469; G. COSTATO, *La legge Prodi e la Corte giust.*, in *Studium iuris*, 2001, 156, nonché, già in precedenza, APPIANO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e regole comunitarie in materia di aiuti di Stato*, cit., 1996, 751 ss. In giurisprudenza v. Trib. Genova, 15 novembre 1999, cit.; Trib. Trieste, 8 aprile 2001, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, 732; Trib. Trieste, 2 maggio 2001, in *Fallimento*, 2001, 1167, con nota di A. CAVALAGLIO, «*Requiem*» per la Prodi: ...e adesso?, 1168; Trib. Trieste, 14 gennaio 2002, in *Fallimento*, 2002, 441, con nota di G. TARZIA, *Il regime transitorio della nuova legge sull'amministrazione straordinaria al vaglio della Corte giust. CE*, 450; Trib. Padova, 28 giugno 2002, in *Fallimento*, 2003, 645, con nota di R. LAMANNA, *Incompatibilità tra il «regime di aiuti di Stato» introdotto dall'ex «legge Prodi» e la normativa comunitaria: disapplicazione ed effetti conseguenti*, 647; cfr. altresì, a vario titolo nonché pur su diverso profilo ma aderendo al medesimo assunto di base, Trib.

sulla scorta della - come sopra chiarito - errata lettura delle note sentenze della Corte di Giustizia nei casi *Ecotrade* e *Piaggio*⁹⁸², abbiamo invece avuto modo di osservare che la Corte “*non ha ritenuto che la legge Prodi integrasse di per sé un aiuto di Stato. Al contrario, essa ha affermato che ciò si verifica soltanto quando la collocazione in amministrazione straordinaria e la continuazione dell'attività economica dell'impresa abbiano effettivamente comportato un onere supplementare per lo Stato rispetto a quanto sarebbe derivato dall'applicazione delle disposizioni ordinarie in materia di fallimento. Si tratta di una valutazione su fatti concreti che, come tale, spetta al giudice nazionale*”⁹⁸³ (corsivo aggiunto).

La correttezza di tale conclusione, sempre a proposito della *legge Prodi*, è stata peraltro confermata dalla Commissione europea che nella propria decisione del 16 maggio 2000, *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*, ha precisato che “la legge n. 95/1979 rinvia per vari aspetti alla legge italiana sul fallimento⁹⁸⁴ e, laddove prevede l'applicazione in condizioni non derogatorie ai meccanismi di quest'ultima, tali meccanismi e procedure si configurano come misure generali prive di qualsiasi carattere selettivo. Tale legge prevede invece *applicazioni particolari, che comportano la concessione di taluni vantaggi specifici e che implicano risorse pubbliche, a favore di beneficiari individuabili; in simili casi, essa configura un regime di aiuto di Stato* ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE”⁹⁸⁵ (corsivo aggiunto).

Argomentazioni del medesimo tenore sono altresì state spese a proposito della valutazione di compatibilità comunitaria della *legge Marzano* e possono valere, *mutatis mutandis*, anche per la “variante Alitalia”, con specifico riferimento al comma 4-*quinquies* cit.

Abbiamo infatti precedentemente rilevato, con particolare riguardo ad alcune misure della *legge Marzano* (solo) potenzialmente incompatibili, fra le quali, in particolare, l'azione revocatoria (oggetto di specifico giudizio – positivo – di legittimità

Genova, 6 aprile 2001, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, 732; Tribunale di Trieste, 14 gennaio 2002, cit.; Trib. Genova, 31 maggio 2003, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Liquidazione coatta amministrativa*, n. 68; App. Venezia, 26 giugno 2003, in *Fallimento*, 2004, 566; App. Trieste, 10 febbraio 2004, cit.

⁹⁸² Rispettivamente, Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907 e Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735.

⁹⁸³ Così BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 143, ed in senso conforme S. AMBROSINI - L. JEANTET, *La revocatoria fallimentare nelle procedure «amministrative» fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza: la questione degli aiuti di Stato*, cit., 198; A. BERLOTTI, *Non ha fine il tormentato rapporto della legge Prodi con le norme comunitarie*, cit., 2094.

⁹⁸⁴ Regio decreto del 16 marzo 1942 n. 267 (legge sul fallimento).

⁹⁸⁵ Così la Commissione nella Decisione del 16 maggio 2000 *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*, cit., par. 50.

costituzionale, sopra esaminato⁹⁸⁶), che pur in presenza di taluni profili di criticità⁹⁸⁷ - collegati all'esercizio dell'azione revocatoria nell'ambito di un programma di ristrutturazione (piuttosto che di cessione dei complessi aziendali⁹⁸⁸) - come l'assenza, in tal caso, di una finalità di ricostituzione del patrimonio del debitore⁹⁸⁹ e conseguente riparto a beneficio dei creditori (che è invece propria del programma di cessione e che esclude vantaggi competitivi in capo all'impresa considerata^{990,991}), si è tuttavia osservato che seppure "l'esercizio della revocatoria fallimentare nell'ambito di una procedura di risanamento pone l'impresa insolvente in una indubbia posizione di

⁹⁸⁶ Cfr. Corte Cost., 21 aprile 2006, n. 172, cit., edita, *inter alia*, in *Giur. cost.*, 2006, 2, 1505 (s.m.), con nota di LIBERTINI; in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 4, II, 401 (s.m.), con nota di MACARIO, e in *Giur. comm.*, 2008, 6, II, 1108. In senso critico, v. le note di COTTINO, in *Giur. it.*, 2006, 1423 ss. e RESCIGNO, *Le leggi Parmalat al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2006, 1237. La Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 cit., *legge Marzano*, rispetto agli artt. 3 e 41 Cost (per violazione – evidentemente – del principio di uguaglianza e di libertà di concorrenza), sollevata dal Tribunale di Parma, ha rilevato che "non sono fondate le q.l.c. [...] in riferimento agli artt. 3 e 41 cost., nella parte in cui consente l'esercizio delle azioni revocatorie, [...], in costanza di un programma di ristrutturazione dell'impresa [in quanto] le questioni danno per acquisita la conseguenza che l'art. 6 consente all'imprenditore insolvente di ristrutturarsi a spese dei terzi assoggettati a revocatoria, laddove l'analisi dell'intero sistema normativo delineato dal d.l. n. 347 del 2003 porta a ritenere non pleonastico l'inciso finale dell'impugnato art. 6 (secondo cui occorre che le azioni revocatorie si traducano in un vantaggio per i creditori), e, anzi, consente di attribuirgli un valore preciso, quello di ammettere le azioni revocatorie solo quando la procedura si sia evoluta in senso liquidatorio, sicché deve escludersi la denunciata violazione dell'art. 3 cost., così come va esclusa la fondatezza del dedotto contrasto con l'art. 41 cost., sotto il profilo del turbamento della concorrenza e della parità di condizioni tra imprenditori sul mercato": Così nella massima, pubblicata su www.dejure.giuffre.it, relativa alla sentenza della Corte Cost., 21 aprile 2006, n. 172, cit. Per un'approfondita analisi della sentenza, si rinvia altresì a BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 156 ss, mentre, in senso contrario alla soluzione accolta dalla Consulta cfr., a vario titolo, FABIANI, *Dai pomodori ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione dei gruppi transnazionali*, cit., 1567 ss.; PANZANI, *Parità di trattamento tra creditori e tutela della concorrenza*, cit., 761 ss.; POLI, *Il giudizio di costituzionalità dell'art. 6 della "legge Marzano": la Corte riconosce la legittimità delle revocatorie fallimentari nelle procedure di "risanamento oggettivo"*, cit., 1232 ss.; PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, cit., 268 ss.; STAUNOVO POLACCO, *Art. 6. Azioni revocatorie*, cit., 231 ss.

⁹⁸⁷ Su cui cfr. BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge «Marzano»)*, cit., 371; G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria accelerata*, cit., 33.

⁹⁸⁸ V. sul punto PACCHI PESUCCI, *Revocatoria fallimentare tra tutela del credito e gestione della crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 376; MAFFEI ALBERTI, *Revocatoria fallimentare e conservazione dell'impresa*, in *Fallimento*, 1998, 899.

⁹⁸⁹ Principio riconducibile alla c.d. teoria indennitaria, su cui v., *inter alia*, LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 84 ss. Sulla teoria c.d. anti-indennitaria v. invece il lavoro monografico di MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Milano, 1970.

⁹⁹⁰ V. sul punto S. AMBROSINI-JEANTET, *La revocatoria fallimentare nelle procedure «amministrative» fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza: la questione degli aiuti di Stato*, cit., 212.

⁹⁹¹ Posto che, si è osservato, in tale procedura "il vittorioso esito di una revocatoria fallimentare non sarebbe altro che una forma di finanziamento forzoso a favore dell'impresa insolvente, diventando strumento per sostenere l'impresa agevolandone il cammino nel programma di risanamento": così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 95, rinviando, per un'interpretazione in tal senso, a PACCHI PESUCCI, *Revocatoria fallimentare tra tutela del credito e gestione della crisi*, cit., 377; A. GAMBINO, *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure concorsuali conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 718.

privilegio rispetto ai concorrenti [identificabile nel beneficio conseguito attraverso l'utilizzo delle somme rivenienti dalla revocatoria che – differentemente da una procedura liquidatoria – non verrebbero (direttamente) destinate al soddisfacimento dei creditori bensì all'esercizio dell'impresa, “con ciò venendo ad assumere una natura e un effetto identico a quello di una sovvenzione statale”⁹⁹²], non pare possibile, allo stato attuale della giurisprudenza comunitaria, qualificare la stessa quale aiuto di Stato vietato ai sensi dell'art. 87 Trattato Ce”⁹⁹³.

E ciò in quanto la misura in questione sarebbe priva di (almeno) uno dei quattro requisiti individuati dall'art. 107, TFUE, par. 1 (ex art. 87, n. 1, CE), che, ci insegna la giurisprudenza⁹⁹⁴, debbono sussistere invece tutti (ed ognuno) cumulativamente: il riferimento è alla (mancanza di) riconducibilità della misura in questione ad un *intervento dello Stato*, ovvero alla sua realizzazione *mediante risorse statali* (c.d. finanziamento di origine pubblica⁹⁹⁵).

Tale requisito, si è già più sopra rilevato, deve essere interpretato in conformità al “costante orientamento seguito dalla giurisprudenza, secondo cui *il vantaggio all'impresa beneficiaria, qualunque ne sia la forma, deve comunque corrispondere ad un onere finanziario a carico dell'ente erogatore. Non basta perciò che la misura in esame comporti un vantaggio per determinate imprese rispetto alle altre, ma occorre anche che tale vantaggio sia la contropartita di un onere che l'ente pubblico subisce*”⁹⁹⁶: “la consacrazione definitiva dell'interpretazione in senso *cumulativo* [è stato osservato] si rinviene nella sentenza *Stardust Marine* nella quale la Corte, nell'esaminare per la prima volta separatamente i due presupposti dell'imputabilità allo

⁹⁹² Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 96. Ma v. anche BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, cit., 163-164, che osserva: “il problema della compatibilità dell'azione revocatoria prevista dalla legge Marzano con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato è dunque superato quando la procedura sia convertita in fallimento [...]; ugualmente, nell'ipotesi di adozione di un programma di cessione dei complessi aziendali [...]. Anche la fattispecie che ha portato il Tribunale di Parma all'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, quella cioè di approvazione di un concordato con l'attribuzione ad un assuntore delle attività delle imprese interessate e con il trasferimento al medesimo delle azioni revocatorie, [...], è stata equiparata, dalla Corte Costituzionale, ad un'ipotesi liquidatoria. Alla luce - e nei limiti - di tale interpretazione [...], l'esercizio dell'azione revocatoria, nei casi sopra citati, non soddisferebbe le condizioni per l'individuazione di un regime di aiuti di Stato. Non si ravvisano, tra l'altro, differenze con l'ipotesi di azione revocatoria nell'ambito del programma di cessione di cui alla legge Prodi-bis, ad oggi, non contestata dalla Commissione”.

⁹⁹³ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 96.

⁹⁹⁴ V., *ex multis*, Corte di Giustizia, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Regno del Belgio c. Commissione*, c.d. *Tubemeuse*, in *Racc.*, 1990, I-959, punto 25; Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica Francese c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, I-4397, punto 68; Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, sentenza *Altmark*, in *Racc.*, 2003, I-7747, punti 74 e 75.

⁹⁹⁵ V. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

⁹⁹⁶ Così DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 314.

Stato e del trasferimento di risorse statali, ha espressamente statuito”⁹⁹⁷: “*determinati vantaggi, per poter essere qualificati come aiuti ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE [oggi 107, par. 1, TFUE], debbono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali [...]*⁹⁹⁸ *e, dall'altro, essere imputabili allo Stato [...]*^{999,1000} (corsivo aggiunto).

Alla luce di tale orientamento della giurisprudenza comunitaria, si è precisato che “*l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare da parte dell'impresa insolvente ammessa ad una procedura concorsuale di tipo risanatorio non comporta alcun onere supplementare a carico dello Stato, in quanto non determina alcun trasferimento, diretto o indiretto, di risorse statali verso tale impresa. Il vantaggio per l'impresa insolvente è conseguito non a carico dell'erario statale, bensì in danno dei terzi che con la stessa sono entrati in contatto prima dell'apertura della procedura concorsuale. Malgrado la misura possa provocare un duplice effetto anticoncorrenziale (aumento di risorse per l'impresa beneficiaria, aumento di oneri a carico delle imprese concorrenti), l'assenza di ogni onere statale impedisce l'applicabilità dell'art. 87 Trattato Ce [art. 107 TFUE]. Ne consegue che, sulla base dell'attuale orientamento della giurisprudenza comunitaria, l'azione revocatoria fallimentare esercitata dal commissario straordinario nel corso del programma di ristrutturazione si presenta compatibile con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato, malgrado il suo indubbio effetto distorsivo sulla concorrenza [su cui però, in termini diversi, v. la successiva pronuncia della Corte Costituzionale del 21 aprile 2006, n. 172, cit.]*”¹⁰⁰¹ (corsivo aggiunto).

⁹⁹⁷ EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, cit., 24-25.

⁹⁹⁸ “V. sentenze 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*, Racc. pag. I-887, punto 19; 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Racc. pag. I-6185, punto 16; 7 maggio 1998, cause riunite da C-52/97 a C-54/97, *Viscido e a.*, Racc. pag. I-2629, punto 13; 1° dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*, Racc. pag. I-7907, punto 35; 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio*, Racc. pag. I-3735, punto 35, e 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, Racc. pag. I-2099, punto 58”.

⁹⁹⁹ “Sentenze *Van der Kooy e a./Commissione*, cit., punto 35; 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia/Commissione*, Racc. pag. I-1433, punto 11, e 21 marzo 1991, causa C-305/89, *Italia/Commissione*, cit., punto 13”.

¹⁰⁰⁰ Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, c.d. *Stardust Marine*, cit. Cfr. sul punto altresì le sentenze della Corte di Giustizia, 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*, cit., punto 19; Corte di Giustizia, 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Petra Kirsammer-Hack c. Nothan Sidal*, in Racc., 1993, I-6185; Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Soc. Industrie aeronautiche e meccaniche Piaggio c. Dornier Luftfabrt GmbH*, punto 35; Corte di Giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia c. Commissione*, in Racc., I-4397; Corte di Giustizia, 20 novembre 2003, causa C-126/01, *Ministre de l'Economie c. GEMO SA*, in Racc., 2003, I-13769.

¹⁰⁰¹ Così D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 96-97. In senso conforme, v. PANZANI, *Parità di trattamento tra creditori e tutela della concorrenza*, cit., 770 e STAUNOVO POLACCO, *Art. 6. Azioni revocatorie*, cit., 236, che esclude la configurabilità di un aiuto di Stato a proposito dell'azione revocatoria disciplinata dall'art. 6 della *legge Marzano* poiché non risulta che essa “comporti o sia in grado di comportare, oneri supplementari per lo Stato italiano, sotto nessuna forma”, così accogliendo la chiave di lettura suggerita

Sulla scorta della medesima argomentazione abbiamo superato i dubbi di compatibilità “comunitaria” della disciplina sui contratti pendenti nella *legge Marzano*, laddove essa, rinviando all’art. 50 del D. Lgs. n. 270/99, c.d. *Prodi bis*, riconosce al commissario straordinario, nell’interesse del debitore-impresa insolvente, la facoltà di «sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell’amministrazione straordinaria»: l’esercizio di un tale potere discrezionale, da parte del commissario, nell’ambito di una procedura tendente al risanamento, può tradursi in un vantaggio competitivo per l’impresa beneficiaria che potrà (continuare ad) operare sul mercato liberandosi dei rapporti contrattuali quei “antieconomici” e conservando, invece, quelli profittevoli¹⁰⁰² (diversamente dalle altre imprese concorrenti che non godono di tale vantaggio).

Pur potendosi ravvisare anche in tale ipotesi un vantaggio competitivo *ad personam*, potenzialmente lesivo della concorrenza e, in particolare, della disciplina sugli aiuti di Stato, assumendo esso i tratti tipici della “sovvenzione”, si è rilevato che “così come con riferimento all’esercizio della revocatoria fallimentare, *l’assenza del requisito dell’onere statale conduce, allo stato attuale della giurisprudenza comunitaria, a escludere che la facoltà di scioglimento dai contratti in corso possa essere qualificato come aiuto di Stato vietato. L’esercizio della facoltà di scioglimento dai contratti pendenti, anche se suscettibile di attribuire un vantaggio patrimoniale per l’impresa, non comporta alcun onere per l’erario statale, inteso come minore introito o maggiore esborso*. Si tratta di una vicenda che rimane sul piano dei rapporti meramente privati tra le diverse imprese operanti sul mercato, senza alcuna ripercussione di carattere patrimoniale per lo Stato o altri enti pubblici. Di qui l’impossibilità di qualificare la misura quale aiuto di Stato”¹⁰⁰³ (corsivo aggiunto).

Ebbene le medesime osservazioni, decisive ai fini della positiva valutazione di compatibilità della *legge Marzano* possono essere replicate a proposito del comma 4-*quinquies* cit. della “variante Alitalia” dell’amministrazione straordinaria, il quale, come già rilevato, ha introdotto con operatività fino al 30 giugno 2009, un’esenzione dall’autorizzazione prevista dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 (fermo quanto previsto

da MONTANARI, *Ammissione all’amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, cit., già a proposito della *legge Prodi*.

¹⁰⁰² In tal senso D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 98-99.

¹⁰⁰³ Così D’ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, cit., 99.

dagli articoli 2 e 3 della stessa legge) per le operazioni di concentrazione connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato ai sensi dell'art. 4, comma 2 del d.l. n. 347 del 2003, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui al comma 1 dell'articolo 5 dello stesso d.l. n. 347/2003, concluse da imprese soggette ad amministrazione straordinaria e che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali: ciò in quanto le predette operazioni sono state considerate come rispondenti a «preminenti interessi generali»¹⁰⁰⁴.

Anche volendo prescindere dalle “connotazioni *sociali*” della deroga (che pur potrebbero avere un peso – ma perlopiù in ipotesi di notifica preventiva della misura ai fini dell'autorizzazione - e che hanno condotto al positivo giudizio di legittimità costituzionale¹⁰⁰⁵), pure tale misura, sebbene possa attribuire un vantaggio in termini competitivi all'impresa che ne benefici, *non comporta alcun onere per lo Stato, né in termini di minore introito né di superiore esborso*. Si tratta anche in tal caso di una vicenda che si esaurisce sul piano del “mercato privato”, senza alcuna ripercussione di ordine patrimoniale in capo allo Stato o ad altri enti pubblici.

Una differente valutazione che - come già avvenuto a proposito della *legge Prodi* - tenda a considerare la misura in questione qualificabile in sé e per sé come *aiuto di Stato*, per la sua portata “intrinsecamente anticoncorrenziale”, alla luce del vantaggio competitivo realizzato attraverso l'intervento del legislatore, potrebbe portare, all'estremo, al paradosso di ritenere incompatibile con il mercato comune – *quod non* - qualsiasi procedura diretta al risanamento, ponendosi controcorrente ed in (aperto) conflitto rispetto ai recenti sviluppi (i) sia del contesto fallimentare, la cui riforma – come osservato - ha condotto al superamento della (preminente) concezione liquidatoria dell'impresa “in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda, per *fini di utilità sociale* (tra questi, la tutela del lavoro), conseguibile anche mediante cessioni e *concentrazioni*”¹⁰⁰⁶ (corsivo aggiunto); (ii) sia della “moderna” disciplina della concorrenza che, non differentemente dalle norme fallimentari, “tende alla conservazione (ed eventualmente alla redistribuzione) del patrimonio aziendale, poiché la sua dissoluzione inciderebbe negativamente sulle condizioni di offerta e, per questa via, sui prezzi, sulla varietà dei prodotti e sul tasso di innovazione”¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁴ Cfr. il par. 1.1. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

¹⁰⁰⁵ Cfr. Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

¹⁰⁰⁶ Così al settimo capoverso del par. 9 della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit.

¹⁰⁰⁷ Così GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, cit., e v. OECD, *Roundtable on failing firm defense*, DAF/COMP(2009)38, Paris, 10-8-2010, 37: “the financial problems of those firms may be resolved by merging with financially healthier partners. A successful merger will prevent a failing firm's

Per di più, come sopra accennato, al fine di accogliere la suddetta affermazione di principio, “si dovrebbe leggere la nozione di "aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma" contenuta nell'art. 87 del Trattato di Roma [oggi 107 TFUE] come comprensiva di due ipotesi alternative anziché complementari; occorrerebbe - in altre parole - dimostrare che essa si riferisce anche agli aiuti disposti dallo Stato senza oneri a suo carico, sotto forma di privilegio rispetto al diritto comune, e non soltanto a quelli che gravano sul bilancio pubblico, direttamente o indirettamente (perché erogati da soggetti formalmente autonomi)”¹⁰⁰⁸.

Viceversa già al tempo della legge *Prodi*, la medesima dottrina rilevava che “la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, pur flessibilmente pragmatica, ha invece da tempo imboccato la via opposta, affermando che *solo i vantaggi accordati direttamente o indirettamente con risorse dello Stato sono qualificabili come aiuti*”¹⁰⁰⁹. Anche gli Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà elaborati dalla Commissione europea contengono del resto un elenco di aiuti comprensivo soltanto delle forme onerose per gli erari pubblici (punto 14)^{1010,1011}.

Pertanto, prendendo a riferimento la sentenza c.d. *Piaggio*, e precisamente il passaggio (richiamato dalla Commissione nella propria decisione del 16 maggio 2000) in cui si osserva che “tenuto conto del rango prioritario dei crediti collegati alla continuazione dell'attività economica, l'autorizzazione a continuare quest'ultima, potrebbe comportare un onere supplementare per i poteri pubblici [solo] *se fosse effettivamente dimostrato che lo Stato o enti pubblici figurano tra i principali creditori dell'impresa in difficoltà*, dato che quest'ultima è, per ipotesi, debitrice di somme

bankruptcy and retain the firm's assets in the market, which may be privately profitable not only for the stakeholders of the failing firm but also for the acquirer's shareholders, and beneficial to the competitive process and consumer welfare”.

¹⁰⁰⁸ Così MONTANARI, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 472 ss., nota critica a Trib. Genova 15 novembre 1999.

¹⁰⁰⁹ Ed in tal senso si rinvia a Corte di Giustizia, 24 gennaio 1978, causa C-82/77, *Pubblico ministero del Regno dei Paesi bassi c. van Tiggele*, in *Racc.*, I, 1978, 25; Corte di Giustizia, 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun AG c. Bodo Ziesemer*, in *Racc.*, I, 1993, 887; Corte di Giustizia, 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Petra Kirsammer Hack c. Nurhan Sidal*, in *Racc.*, I, 1993, 6185. V., *contra*, precedentemente, e a vario titolo, Corte di Giustizia, 30 gennaio 1985, causa C-290/83, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Racc.*, I, 1985, 439; Corte di Giustizia, 2 febbraio 1988, cause C-67, 68 e 70/85, *Van der Kooy BV et. al. c. Commissione et. al.*, in *Racc.*, I, 1988, 219, nonché, in dottrina, ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, cit. 164 ss.

¹⁰¹⁰ In *GUCE* n. C 244 del 1° ottobre 2004, 2.

¹⁰¹¹ Così MONTANARI, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, cit.

rilevanti”¹⁰¹², se ne dovrebbe in realtà (correttamente) inferire, come opportunamente rilevato in dottrina, che «non basta quindi, secondo la Corte di giustizia, che la procedura d'amministrazione straordinaria possa essere vista come un privilegio rispetto al diritto fallimentare "comune" per bollarla come aiuto di Stato; occorre, ulteriormente, che nel singolo caso concreto un ente pubblico sia tra i principali creditori e sopporti il costo della continuazione dell'esercizio dell'impresa in termini di decurtazione percentuale del suo credito a causa della maturazione di debiti della massa»¹⁰¹³.

Anche al netto dei «preminenti interessi generali» (dianzi descritti), che pur erano ben configurabili nel caso di specie (ma che avrebbero potuto avere un peso forse decisivo in ipotesi di notifica preventiva della misura ai fini autorizzatori) e che, alla luce dell'analisi sin qui condotta, dovrebbero avere un peso nel bilanciamento con la concorrenza (da considerarsi valore “relativo”¹⁰¹⁴), le richiamate circostanze (precisamente, l'incidenza della misura sul bilancio statale), la cui sussistenza appare necessaria per la eventuale valutazione negativa di compatibilità del comma 4-*quiquies* cit., non sembrano prospettabili nel caso di specie sicchè, anche con specifico riferimento alla deroga all'autorizzazione per le concentrazioni introdotta dalla “variante Alitalia”, il giudizio di compatibilità dell'amministrazione straordinaria sotto il profilo comunitario ha esito positivo.

¹⁰¹² Così la Commissione nella Decisione del 16 maggio 2000 *concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in difficoltà*, cit., par. 53, rinviando a Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, causa C-295/97, c.d. *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735, punto 40, e Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, c.d. *Ecotrade*, in *Racc.*, pag. I-7907, punto 41.

¹⁰¹³ Così MONTANARI, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, cit.

¹⁰¹⁴ Secondo l'insegnamento di LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, cit., 3296 ss., il quale osserva che “è certamente un principio costituzionale, ma non è un principio fondamentale, destinato a prevalere in ogni caso possibile di contrasto con altri valori costituzionalmente garantiti”, così proseguendo: “Ciò è tanto più vero oggi, dal momento che, nell'ordinamento europeo, e in particolare nel nuovo testo dell'art. 3 del Trattato dell'Unione Europea, la concorrenza è riconosciuta come valore strumentale rispetto a finalità complessive di benessere collettivo, che si compongono anche di altri valori, extraeconomici (pace, libertà, sicurezza, giustizia, tutela dell'ambiente, progresso sociale, parità tra uomo e donna, etc.) ed anche economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, etc.); questi valori sono tendenzialmente destinati a prevalere - in caso di insuperabile contrasto - sulla tutela della competizione fra imprese, in quanto tale. Tutto ciò è riassunto nella formula della «economia sociale di mercato altamente competitiva», che connota il modello di economia che il trattato di Lisbona ha scelto per il proprio futuro”. V. anche ID., voce *Concorrenza*, cit., 191 ss. Cfr. altresì la seconda e terza parte del secondo capoverso del par. 8. della sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270, cit., ove si rileva che «la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono “dall'ordinamento una protezione assoluta” e possono, quindi, subire le limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario “a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti” (v. sentenza della Corte Cost., n. 279/2006 e l'ordinanza n. 162/2009)».

BIBLIOGRAFIA

- F. ABATE, *I gruppi di impresa: problemi di diritto sostanziale e concorsuale*, in http://www.csm.it/quaderni/quad_94/qua_94_13.pdf.
- B. ALEMANNI, *Le soluzioni endogene alle crisi bancarie*, in AA.VV., *Le crisi bancarie*, Milano, 1995.
- G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000.
- G. ALESSI, *Innovazioni, contraddizioni, equivoci e carenze del disegno di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2001, I, 141 ss.
- A. ALEXIS, *Notion d'aide d'Etat. Remarques sur l'arrêt Stardust Marine du 16 mai 2002*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, 149ss.
- V. ALLEGRI, L. CALVOSA, A. CERRAI, F. D'ALESSANDRO, S. FORTUNATO, G. GRIPPO, A. A. MAFFEI ALBERTI, V. MANGINI, G. PARTESOTTI, A. PIRAS, G. SCOGNAMIGLIO, G. VOLPE PUTZOLU, G. ZANARDONE, *Diritto commerciale*, 2004.
- ALOISIO, *Materiali per uno studio della prassi delle esternazioni del Presidente della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 3169 ss.
- AMADEO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di recupero degli aiuti illegali*, in SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato"*, Torino, 2011, 201 ss.
- AMATO, *La legge antitrust venti anni dopo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 923 ss.
- AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA. VV., *La Costituzione economica*, Atti del Convegno di Ferrara, 11-12.10.1991, Padova, 1997, 7 ss.
- AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998..
- S. AMBROSINI - L. JEANTET, *La revocatoria fallimentare nelle procedure «amministrative» fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza: la questione degli aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 198 ss.
- S. AMOROSINO, *Profili pubblicistici comuni delle amministrazioni d'emergenza, straordinarie e commissariali, di imprese in crisi o con gravi irregolarità gestionali*, in *Società italiana di Diritto ed Economia*, SIDE Working Papers, 2005.
- ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, a cura di Francesca Angelini e Marco Benvenuti, Napoli, 2012, 141 ss.

- V. ANIBALLI, *Trasferimento di “ramo d’azienda” nelle vicende circolatorie endoconcorsuali: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in www.aidlass.it
- ANTONINI, *sub* 117, co. 2, 3 e 4, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Torino, 2006, 2227 ss.
- A ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2000.
- ANZON DEMMIG, *Potestà legislativa residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giur. cost.*, 2010.
- U. APICE, *Il ruolo del giudice ordinario nel corso dell’amministrazione straordinaria: accertamento del passivo, ripartizione dell’attivo, tutela dei diritti soggettivi*, Frascati, 19 aprile 2000.
- APICE-MANCINELLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008.
- E. A. APPIANO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e regole comunitarie in materia di aiuti di Stato*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 751 ss.
- E. A. APPIANO, *La compatibilità dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi con il diritto comunitario della concorrenza: qualche miglioramento ... e nuovi guai*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1988, 1062 ss.
- ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di “tutela della concorrenza” a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Studi e ricerche dell’AGCM*.
- ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2009.
- L. ARNAUDO, *Le restrizioni accessorie nel diritto antitrust*, in *Contr. e Impr. Europa*, 2002, 931 ss.
- ATTALI, *La Crise, et après?*, Paris, 2008.
- K. BACON, *European Community law of State aid*, Oxford, 2009.
- BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965, vol. XXI, 582 ss.
- BALDASSARRE, *Studi sull’art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969.
- F. BALDI, *La tutela della concorrenza nei singoli Stati europei*, in www.filodiritto.com/diritto/privato/commercialeindustriale/antitrustconclusionibaldi.htm
- BALLARINO-BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997.
- BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 34 ss.

- F. BARCA, L. CANNARI, L. CESARI, C. GOLA, G. MANNITA, G. SALVO, L.F. SIGNORINI, *Assetti proprietari e mercato delle imprese*, vol. 1, *Proprietà e modelli di controllo e riallocazione nelle imprese industriali italiane*, Bologna, 1994, 34 ss.
- F. BARCA, *Storia del capitalismo italiano. Dal dopoguerra a oggi*, Roma, Donzelli, 1997.
- M. BARCELLONA, *Amministrazione straordinaria e aiuti di stato: sulla compatibilità della disciplina transitoria dell'art. 106 D.Lgs. 270/99 con gli artt. 87 e 88 del Trattato UE*, in *Europa e diritto privato*, n.1, 2004, 207 ss.
- S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998.
- S. BARIATTI, Il Regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, 203 ss.
- A. BARONE, *Compatibilità della legge Prodi con il diritto comunitario ed esercizio della revocatoria fallimentare*, in www.notariato.it
- BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazione della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.
- BASEDOW, *Das Sozialmodell von Lissabon: Solidarität statt Wettbewerb?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, 255 ss.
- BAZEX, *Les nouvelles orientations envisagées par le projet du Traité de Lisbonne*, in *Contrats – Concurrence – Consommation*, 2007, 22 ss.
- BEHRENS, *Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, 193 ss.
- BELTRAMI, *Decreto Alitalia: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 599 ss.
- M.V. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, fasc. 2, 2004.
- BENTIVOGLI-TRENTO, *Economia e politica della concorrenza*, Roma, 1995.
- BENVENUTI, *La Corte Costituzionale*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, a cura di Francesca Angelini e Marco Benvenuti, Napoli, 2012, 379 ss.
- G. BERTOLI, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, 2000.
- A. BERTOLOTI, *Non ha fine il tormentato rapporto della legge Prodi con le norme comunitarie*, in *Giur. it.*, 2001, 2092 ss.

- BESTAGNO, *Artt. 88 e 89 CE*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, a cura di Pocar, Padova, 2001, 465 ss.
- BESTAGNO, *Gli aiuti di Stato in tempi di crisi: il sostegno all'economia reale tra misure nazionali e piano europeo di ripresa*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, a cura di A. Ligustro e G. Sacerdoti, Napoli, 2011, 691 ss.
- M. BIANCA, *La dichiarazione dello stato di insolvenza nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, Milano, 2001.
- BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e parte II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte Costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2008, 791 ss.
- BIN, *Diritti e Argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 105 ss.
- BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, 397 ss.
- BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, in *La concorrenza*, a cura di Frignani-Pardolesi, Torino, 2006, 447 ss.
- BIONDI-EECKHOUT-FLYNN (a cura di), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004.
- C. BISCARETTI DI RUFFIA, *Compatibilità dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza con l'ordinamento comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, fasc. 3, 485 ss.
- BISCARETTI DI RUFFIA, *Aiuti di Stato e procedure concorsuali*, in *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, 136 ss.
- B. BISES, *Lezioni di Scienza delle finanze*, Torino, 2005.
- BLASI-MUNARI, *Artt. 87-89 CE*, in *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità europea*, a cura di Tizzano, Milano, 2004, 592 ss.
- BLUNDELL-WIGNALL-ATKINSON-HON LEE, *The current Financial Crisis: Causes and Policy Issues, Financial Market Trends*, OECD, 2008.
- G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998.
- G. BOCCUZZI, Quaderni di ricerca giuridica, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*. N. 71, ottobre 2011, 16 ss.
- G. BOCCUZZI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Trattato diretto da RAGUSA MAGGIORE-COSTA*, Torino, 2001, 1160 ss.

- G. BOCCUZZI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da GHIA-PICCININNI-SEVERINI, Torino, 2011.
- G. BOCCUZZI - R. CERCONE, Tutela dei creditori e riallocazione dell'impresa nella normativa fallimentare, Banca d'Italia, in *Temi di discussione* n. 204, luglio 2003.
- BONASSIES, *Les fondaments de droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence moyen*, in *etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, 1983.
- F. BONELLI, *Gli amministratori delle società per azioni*, Milano, 1985.
- F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996.
- S. BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge «Marzano»)*, in *Fall.*, 2004, 362 ss.
- S. BONFATTI, *La disciplina della responsabilità "nei casi di direzione unitaria" nella nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese commerciali insolventi*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, gennaio-febbraio 2001, 163 ss.
- S. BONFATTI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza*, in www.judicium.org/news/ins_20_01_04/La_nuova_procedura_di_Amministrazione_Straordinaria_legge_Marzano_.html
- S. BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005.
- G. BONGIORNO, "La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza", in *Diritto Fallimentare*, 2003, n. 2, 640 ss.
- G. BONGIORNO, "Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento", in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 1974, I, 261 ss.
- BONIFACIO, *Conferenza stampa*, [1974], reperibile in www.cortecostituzionale.it
- M. BONINI, *Caso Alitalia: ricostruzione della vicenda alla luce della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e sul mercato comune*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, 785 ss.
- A. BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992, 115 ss.
- G. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fallimento*, n. 8, 2005, 952 ss.
- G. BUCCI, *Implicazione dei rapporti tra ordinamento giuridico italiano ed ordinamento comunitario sul ruolo della Banca d'Italia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1, 1998.
- BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo: regione e governo locale*, 2003, 345 ss.

- S. L. BUFFORD, *The Eurofood decision of the European Court of Justice*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 2006, p. 46 ss.
- S. BUTERA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e Chapter Eleven: sistemi a confronto*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, marzo-aprile 2006, 359 ss.
- BRUZZONE-PROSPERETTI, *Market Integration and Competition Policy: The Challenges Ahead*, in *The European Union in the 21st Century. Perspectives from the Lisbon Treaty*, a cura di Micossi e Tosato, Brussels, 2009, 77 ss.
- C. CACCIAMANI, *Identificazione e determinanti delle crisi bancarie*, in AA.VV. (a cura di RUOZI), *Le crisi bancarie*, 16 ss.
- V. CALANDRA BONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, 556 ss.
- M. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, Torino, 2006.
- CAMPOGRANDE, *Gli aiuti a finalità regionale in Italia*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1995, 125 ss.
- I. CANDELARIO MACIAS, *L'amministrazione straordinaria: uno sguardo nel contesto del diritto concorsuale europeo*, in *La riforma dell' amministrazione straordinaria*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Roma, 2000, 341 ss.
- CANTARO, *Il «ritorno» dello Stato nella «deglobalizzazione»*, in *Democrazia e diritto*, 2008, 11 ss.
- R. CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it*, V, 2002.
- F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo II, Padova, 2001, 802 ss.
- L. CAPRIO, *L'efficienza economica delle procedure di gestione del dissesto in Italia: un'interpretazione delle evidenze empiriche della ricerca*, in *Gli strumenti della crisi finanziaria in Italia: un'analisi economica*, a cura di L. Caprio, Milano, 1997, 17 ss.
- CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 1259 ss.
- M. CARATOZZOLO, *Il bilancio consolidato di gruppo. Profili economici e giuridici*, Milano, 2002, 438 ss.
- M. CARATOZZOLO, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni Il bilancio consolidato di gruppo. Profili economici e giuridici*, Milano, 2002, 37 ss.
- S.M.CARBONE-M.FRIGO-L.FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, 89 ss.

- A. M. CAROZZI, *Strumenti e procedure di risoluzione delle crisi bancarie*, in http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/banca/Carozzi_crisi.pdf
- C. CARRARA, *Il caso Centros Ltd. V. Erhvervs-Og Selskabsstyrelsen e il criterio di collegamento internazionalprivatistico della sede effettiva*”, in *Dir Fall.*, 2001, 508 ss.
- CARTA-FRATINI, *Chronopost c. UFEX: la Corte di Giustizia UE e le "relazioni pericolose" fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *Dir comm. Int.*, 2005, 374 ss.
- CASALINI, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Il Foro amministrativo*, 2003, 2733 ss.
- G. CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Trattato Galgano*, Padova, 1979.
- P. E. CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Bari, 1965.
- L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, 2 marzo 2004, 7.
- M. CASSOTTANA, *Lezioni di diritto comunitario*, Torino, 2002.
- A. CASTAGNOLA, R. SACCHI, *Legge Marzano (La) Commentario*, Torino, 2006, 162 ss.
- M. CASTELLANETA, *L'utilizzo del centro degli interessi principali del debitore come titolo di giurisdizione secondo il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, in http://www.notariato.it/Notariato/Staticfiles/Studi_e_approfondimenti/4.pdf
- M. CATALDO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza e disciplina della concorrenza nella Comunità europea*, in *Fallimento*, 2006, fasc. 7, 790 ss.
- S. CATALDO, *La gestione delle crisi bancarie: aspetti teorici e rilievo internazionale*, Roma, 1997.
- D. CATERINO, *Concentrazioni e attività bancaria*, Milano, 2004.
- A. CAVALAGLIO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Diritto fallimentare*, a cura di S. SATTA, Padova, 1966, 570 ss.
- CALAVAGLIO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in SATTA, *Diritto fallimentare*, a cura di VACCARELLA-LUISO, III ed., Padova, 1996, 572 ss.
- A. CAVALAGLIO, *La tutela dei creditori*, in AA.VV., *Fallimento e amministrazione straordinaria*, Milano, 1999, 129 ss.

- A. CAVALAGLIO, *“Requiem” per la Prodi ... e adesso?*, in *Fallimento*, 2001, 1168 ss.
- A. CALAVAGLIO, *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2003, 237 ss.
- A. CAVALAGLIO, *La Suprema Corte “aiuta” lo Stato...ad eludere la disciplina comunitaria*, in *Fallimento*, 2005, 264 ss.
- CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova, 1978, 37.
- G. CAVALLI, *Appunti sulle norme di coordinamento in materia di disciplina delle crisi bancarie*, in *Diritto bancario*, 2004, 68 ss.
- CAVAZZUTI, *Nuovi confini per lo Stato assicuratore?*, in *Governare l’economia globale*, a cura di G. Amato, Firenze, 2009, 238 ss.
- A. CELOTTO, *L’efficacia delle fonti comunitarie nell’ordinamento italiano*, Torino, 2003.
- A. CELOTTO, *La Carta Europea e la crisi del sistema europeo di giustizia costituzionale: impatti interpretativi della Carta*, in www.unime.it/congressi/italo_spagnola/Celotto.doc.
- CELOTTO-GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1309 ss.
- E. CERRITELLI, *La crisi dell’impresa e le procedure concorsuali*, in *Manuale del Diritto Fallimentare*, 1995, Roma, 11 ss.
- A. CESARONI-P. DEGIOIA-A. CARABELLESE, *L’amministrazione straordinaria della grande impresa commerciale insolvente: prime riflessioni (Presupposti soggettivo ed oggettivo della amministrazione straordinaria)* in *Fallimento*, 1999, 972 ss.
- CHELI, *Introduzione*, in *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di Barile *et al.*, Bologna, 1982, 17 ss.
- CINTIOLI, *L’art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il «diritto della crisi»*, in *Diritto e società*, 2009, 398 ss.
- M.T.CIRENEI, *L’amministrazione straordinaria tra diritto concorsuale e diritto della concorrenza*, in *Europa e diritto privato*, n. 2, 2000, 317 ss.
- M.T.CIRENEI, *La Riforma dell’amministrazione straordinaria alla luce della disciplina comunitaria degli aiuti: fine di un contenzioso?*, in *Diritto del Commercio internazionale e diritto interno*, 1999, 546 ss.

- A. COLAVOLPE, *La disciplina della crisi delle banche e del gruppo bancario: le modifiche apportate al testo unico bancario dal d. lgs. 6 febbraio 2004 n. 37*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, gennaio-febbraio 2006, 135 ss.
- COLI, *Proprietà ed iniziativa privata*, in *Comm. Calamandrei-Levi*, Firenze, 1950, I, 363 ss.
- COMMISSIONE AFFARI EUROPEI ED INTERNAZIONALI *Compatibilità della legge Prodi con il diritto comunitario ed esercizio della revocatoria fallimentare*, in www.notariato.it/cnn/notaio/Studi_e_approfondimenti/Diritto_internazionale_e_comunitario_/42.htm
- M. CONDINANZI, *I giudici italiani “avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno” e il rinvio pregiudiziale*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2010, 295 ss.
- C. CONSOLO, (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, IPSOA, 2010, 1099 ss.
- E.O. CORREIA, *Re-examining the failing company defense*, in 64 *Antitrust L.J.*, 1995, 683 ss.
- CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, fasc. 3, 981 ss.
- C. COSTA, *La revocatoria nei gruppi di imprese*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2000, fasc. 1, 64 ss.
- C. COSTA, *L’amministrazione straordinaria della grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2008.
- COSTATO, *La legge Prodi e la Corte di Giustizia*, in *Studium iuris*, 2001, 156 ss.
- G. COTTINO, *Nota a C. Cost. 21 aprile 2006 n. 172; ord. Trib. Parma 27 dicembre 2005*, in *Giurisprudenza italiana*, luglio 2006, 1423 ss.
- CUOCOLO-POLLICINO-TARZIA-VEDASCHI, *Le dinamiche della sovranità economica tra dimensione nazionale e dimensione sovranazionale*, in G. F. Ferrari (a cura di), *Diritto pubblico dell’economia*, Milano, 2010, 131 ss.
- P. DACREMA, *L’evoluzione della banca in Italia*, Milano, 1997.
- L. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987.
- L. DANIELE, *Diritto del Mercato unico europeo*, Milano, 2006.
- L. DANIELE, *Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea*, in SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 159 ss.

- L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012.
- F. D'ALESSANDRO, *Politica della crisi d'impresa: risanamento o liquidazione dell'azienda?*, in *Fallimento*, 1980, 30 ss.
- F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 66 ss.
- G. D'ATTORRE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di stato*, in *Diritto del Commercio internazionale: Pratica internazionale e diritto interno*, 2004, vol. 18, n. 1, 60 ss.
- DE BONIS-GIUSTINIANI-GOMEL, *Crises and Bail Outs of Banks and Countries: Linkages, Analogies, and Differences*, in *The World Economy*, 1999, 55 ss.
- L. DE ANGELIS, *Le nozioni di impresa e insolvenza nella nuova legge n. 270/99*, in *Fallimento*, 2000, 275 ss.
- P. DE CESARI, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Torino, 2004.
- P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004.
- P. DE CESARI- G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, 2009, 67 ss.
- P. DE LUCA, *Sulla legittimazione attiva delle imprese concorrenti di beneficiari di aiuti di Stato*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 575 ss.
- L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, Torino, 2009.
- DENOZZA-TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 3, 565 ss.
- DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, 81 ss.
- DE SIERVO, *Incontro con la stampa* [2011], su www.cortecostituzionale.it, 3 ss.
- F. DEVESCOVI, *Alti e bassi dell'eccezione comunitaria nell'applicazione della Legge Prodi*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2002, 1111 ss.
- DI AMATO, *Problemi penalistici derivanti dalle nuove disposizioni comunitarie in materia bancaria*, in *Foro Italiano*, 1989, IV, c. 108 ss.
- F. DI BIASI, *I finanziamenti alle imprese - Gli aiuti di Stato nazionali*, Napoli, 2003.
- DI FUSCO, F. PACE, *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Padova, 2001.

- A. DI MAJO, *Impresa di gruppo e attrazione nell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2008, 222 ss.
- DI MAJO, *Linee generali di coordinamento tra le procedure concorsuali in Italia ed in Europa*, in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2003, 597 ss.
- D. DIVERIO, *Gli aiuti di stato al trasporto aereo e alla banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, 2010.
- DOMINICI, *Corte Costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2011, n. 4, 22 ss.
- DONATI, *Sentenze della Corte Costituzionale e vincolo di copertura finanziaria ex art. 81 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, II, 1550 ss.
- DONY B., *Storia del capitalismo italiano. Commentaire J. Megret. Contrôle des aides d'Etat*, Bruxelles, 2007.
- DONY B., *La notion d'aide d'Etat*, in *Cah. Droit eur.*, 1993.
- DRAGHI M., *Audizione del 17 marzo 2009*, VI Commissione Finanze Camera dei Deputati nel corso della "Indagine conoscitiva sulle tematiche relative al sistema bancario e finanziario"
- EBNER-GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, in *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, 17 ss.
- EVANS, *European Community Law of State Aid*, Oxford, 1997.
- M. FABIANI, *Rapporto fra la nuova amministrazione straordinaria e le procedure concorsuali minori (Amministrazione straordinaria e amministrazione controllata)*, in *La riforma dell'amministrazione straordinaria e le altre Procedure Concorsuali*, Atti del Convegno Sisco, 11 novembre 2000, Milano.
- M. FABIANI, *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione,: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?*, in *Foro.it*, 2004, I, 1567 ss.
- M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, fasc. 5, 573 ss.
- M. FABIANI, *L'alternativa tra fallimento e vecchia amministrazione straordinaria*, in *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di Castagnola – Sacchi, Torino, 2000, 22 ss.
- FABIANI-FERRO, *Dai tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2004, 134 ss.

- FABIANI-STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, 1337 ss.
- L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2005.
- L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, La fase prodromica di commissariamento giudiziale* (c.d. fase di osservazione) in *Quaderni di diritto Commerciale*, Milano, 2005.
- P. FARINA, *La disciplina dell'amministrazione straordinaria per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, novembre-dicembre 2004, 1239 ss.
- D. FASQUELLE, *Les faillites des groupes des sociétés dans l'union européenne: la difficile conciliation entre approche économique et juridique*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 1 février 2006, n. 2, 151 ss.
- FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008.
- FELTKAMP - PESARESI, *L'application des règles communautaires en matière d'aides d'État aux établissements de crédit*, in http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1995_045_fr.html
- G. FERRARI, *Esclusione impresa in amministrazione straordinaria*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, n. 12, 2760 ss.
- G. FERRARINI - P. GIUDICI, *Scandali finanziari e ruolo dell'autorità privata: il caso Parmalat*, in GALGANO - VISENTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da GALGANO, Padova, 2006, 197 ss.
- F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2010, 381 ss.
- F. FERRARO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in *St. Integr. Eur.*, 2010, 129 ss.
- G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 2002.
- M. FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, in *Fallimento*, 2005, 1353 ss.
- M. FERRO, *Legge Prodi e aiuti di Stato: le verifiche del giudice ordinario*, in *Fallimento*, n. 8, 2010, 910 ss.
- P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI, *La nuova legge bancaria*, Milano, 2000.

- A. FIALE, "La riforma", in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1999, Napoli, 824 ss.
- FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio*; in *Giur. cost.*, 2010, n. 4, 3296 ss.
- V. FINCH, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, Cambridge, 2002, 29 ss.
- S. FORTUNATO, *Credito e ordinamento costituzionale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1990, I, 585 ss.
- S. FORTUNATO, *La liquidazione coatta delle banche dopo il testo unico: lineamenti generali e finalità*, in AA.VV. *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Vol. III, *La gestione delle crisi bancarie*, a cura di MORERA e NUZZO, Milano, 1996, 31 ss.
- S. FORTUNATO, *La liquidazione coatta amministrativa delle società del gruppo bancario*, in *La crisi del gruppo bancario*, a cura di G. BAVETTA, 1997, 119 ss.
- S. FORTUNATO, *I "fallimenti" nel sistema dei controlli sui mercati finanziari*, in [www.cisl.it/SitoCisl_democrazia.nsf/0/96a3a74ee0a398cdc1256f4800347°91/\\$FILE/Fortunato.pdf](http://www.cisl.it/SitoCisl_democrazia.nsf/0/96a3a74ee0a398cdc1256f4800347°91/$FILE/Fortunato.pdf)
- S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali fra unitarietà e frammentarietà*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2000, parte I, 16 ss.
- S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, fasc. 2 bis, 2003, 318 ss.
- S. FORTUNATO, *I "fallimenti" nel sistema dei controlli sui mercati finanziari (a margine del d.d.l. sulla tutela del risparmio)* in www.cisl.it/SitoCisl_democrazia.nsf/0/96a3a74ee0a398cdc1256f4800347a91/
- S. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in *Dir. banca merc. Fin.*, n. 3, 2010, parte I, 379 ss.
- A. FRANCHINI, *Aiuti pubblici e sviluppo del mezzogiorno. Il ruolo della G.E.P.I.*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1995, 117 ss.
- V. FRATESCHI, *La Direttiva 2001/24/CE del 4/4/2001 in materia di Risanamento e liquidazione degli enti creditizi*, 2003, in <http://www.tidona.com>
- FRATINI-FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contr. impr. Europa*, 2003, 1183 ss.
- L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, fasc. 3, 677 ss.

- G. GABBI, *Crisi finanziarie, percezione del rischio e comportamento dei risparmiatori*, in AA.VV. (a cura di RUOZI), *Le crisi bancarie*, Milano, 1995, 120 ss.
- GAHLEITHNER, *Zurechenbarkeit von Handlungen öffentlicher Unternehmen an den Staat*, in *European Law Reporter*, 2002, 275 ss.
- E. GALANTI, a cura di, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008.
- GALGANO, Art. 41, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1982, 1 ss.
- F. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001.
- F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2005.
- M. GALIOTO - A. PALUCHOWSKI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1991.
- D. GALLETTI, *Il decreto "Volare" prove tecniche di degiurisdizionalizzazione* in [www.judicium.it/news/ins_19_01_05/galletti, %20dir.civ.html](http://www.judicium.it/news/ins_19_01_05/galletti,%20dir.civ.html)
- D. GALLETTI, "Volareweb": *introduzione al nuovo diritto concorsuale?*, in *Giurisprudenza commerciale*, marzo - aprile 2005, 262 ss.
- D. GALLETTI *Decretazione d'urgenza ed esenzione da revocatoria*, in *Fall.*, 2008, 857 ss.
- GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 331 ss.
- A. GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 237 ss.
- A. GAMBINO, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 559 ss.
- N. GASPERONI, *Grandi imprese in crisi ed amministrazione straordinaria*, in *Rivista di diritto civile*, 1981, I, 16 ss.
- A. GAMBINO *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1982, 723 ss.
- A. GAMBINO, *Le procedure concorsuali minori in una prospettiva di riforma e la rinnovata amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 1999, 402 ss.
- A. GAMBINO, *La riforma delle società di capitali e la legge Marzano di accelerazione delle procedure dell'insolvenza delle grandi imprese*, in *Corr. giur.*, 2004, 427 ss.

- GERARD, *EC Competition law enforcement at grips with the financial crisis: flexibility in the principle*, in *Concurrences*, 2009, 46 ss.
- GHEZZI-MAGGIOLINO, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, in *Riv. soc.*, 2011, 334 ss.
- GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2004, 439 ss.
- G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000.
- V. GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 2009, 37 ss.
- GIGLIO, *Crisi finanziaria e aiuti di Stato alle banche in difficoltà*, in SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato"*, Torino, 2011, 127 ss.
- R. GIORDANO, *Prime considerazioni sul cosiddetto decreto Marzano*, in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm
- R. GIORDANO, *Pregi e difetti della legge Prodi*, in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm
- F. GIORGIANNI- C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, 2009, 262.
- R. GISMONDI, *La nozione di "centro degli interessi principali del debitore" (COMI) nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Eurofood*. In www.dircomm.it/2006/n.7.8/01.html
- E. GIUDICE, *La disciplina degli aiuti di Stato alle imprese fra sviluppo regionale e principio di coesione economico sociale*, in www.ars.sicilia.it/informazione/pubblicazioni/default.jsp?tipo=P
- M. GRANATA, *Cultura del mercato. La Commissione parlamentare d'inchiesta sulla concorrenza (1961-1965)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, 23 ss
- V. GRECO, *La competenza dell'AGO ad emettere i provvedimenti conservativi opportuni (art. 21 d.lgs. n. 270/1999) per realizzare l'interesse pubblico cui è finalizzata l'amministrazione straordinaria (nella specie nel "caso Alitalia")*, in *Dir. fall.*, 2009, n. 2, parte II, 232 ss.
- GROPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *Astrid – Rassegna*, n. 13/2005.
- P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2007.
- L. GUALANDI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in www.uninettuno.it/nettuno/italian/docenti/bacheca.asp?idProf=110&idCoRso=7&idmat=318&idTCor=1

- L. GUALANDI, *Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, n. 3, 709.
- L. GUALANDI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in www.uninettuno.it.
- L. GUALANDI, *Le misure urgenti per la ristrutturazione di grandi imprese in stato d'insolvenza*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Milano, 2011.
- L. GUALANDI, *Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, 985 ss
- GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AA. VV., *La costituzione economica*, Padova, 1997
- L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2001, 30.
- L. GUGLIELMUCCI, *La disciplina speciale dell'amministrazione per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 1226.
- L. GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco tra risanamento e liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 152.
- L. GUIO, *Cirio, Parmalat e i conflitti di interesse*, in <http://www.lavoce.info>
- GUIZZI, *La politica degli aiuti di Stato*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 101
- GUIZZI, *Concentrazioni tra imprese ed insolvenza (Appunti a margine del caso Alitalia)*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 337 ss
- HANCHER-OTTERVANGER-SLOT (a cura di), *EC State Aids*, London, 2006.
- H. HIRTE, *Towards a framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies*, in *European Company and Financial Law Review*, 2008, p. 213 ss.
- HOVENKAMP, *United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*, in *Minn. Law Rev.* 2009, 311 ss.
- E. HUPKES, *Insolvency - why a special regime for banks*, in *Current Developments in monetary and financial law*, Vol. 3, IMF, 2003; G. Boccuzzi, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*, Giuffrè, Milano, 1998.
- IDOT, *La politique européenne de concurrence à l'heure de la crise*, in *Europe*, déc. 2008, 2.
- A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, 175.
- A. JORIO, *"I gruppi di società"*, in *La riforma dell'Amministrazione Straordinaria e le altre Procedure Concorsuali*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 11 novembre 2000, Milano, 99.

- A. JORIO, *Salvataggio o liquidazione delle imprese in crisi?*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 451 ss.
- A. JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001.
- KEPENNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, 1999.
- F. IOZZO, *Concordato preventivo, amministrazione straordinaria e dismissione d'azienda*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, n.3, parte II, 560 ss.
- IRTI, *Diritto e mercato*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, p. XVIII
- IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.
- P. G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1981, I, 407 ss.
- KOENIG-KÜHLING, *EC Control of aid granted through State resources*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, 7-18.
- R. LAMANNA, *Incompatibilità tra il «regime di aiuti di Stato» introdotto dall'ex «legge Prodi» e la normativa comunitaria: disapplicazione ed effetti conseguenti*, 647
- LANDI, *Le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, in *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, 56 ss.
- G. LEMME, *Il "governo" del gruppo*, Padova, 1997, 26.
- A.M. LEOZAPPA, *Interessi pubblici e amministrazione straordinaria dopo la legge n. 166/2008 (Variante Alitalia)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, n. 3, 615 ss.
- LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*; in *Riv. dir. comm.*, 2011, n. 2, 217 ss., con nota di SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*; in *Foro it.*, 2010, n. 11, 2913 ss.
- LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruxelles, 2007, 281 ss.
- LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano 2010, 191 ss.
- LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 84 ss
- LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.

- B. LIBONATI, *Responsabilità nel e del gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratori delle varie società)*, in *I Gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi di Venezia novembre 1995*, Milano 1996, 1632 ss.
- B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, 120 e ss.
- B. LIBONATI, *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 231.
- G. LO CASCIO, *L'espansione dell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, n.4, 2005, 376 ss.
- G. LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, n. 10, 2008, 1115 ss.
- V. LO CASCIO, *Commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000, 191.
- G. LOCASCIO, *Gli organi e la tutela giurisdizionale nella prospettiva di riforma*, in *Fallimento*, 2004, 281.
- G. LO CASCIO, *Ulteriori aggiustamenti normativi all'amministrazione straordinaria ed al Concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 259
- LÜBBIG, *Das "Stardust-Marine"-Urteil des EuGH zur Anwendung des EG-Beihilfenrechts auf das Aktivgeschäft der öffentlichen Banken*, Wertpapier-Mitteilungen, 2002, 1828-1831
- LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 81 e 117 ss.
- LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 182, n. 111
- LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, vol. V, 384
- LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, reperibile in <http://www.costituzionalismo.it/articoli/267>.
- A. LUPONE, *L'insolvenza transnazionale, Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Cedam, 1995, 63.
- F. MACRÌ, *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, pp. 910 ss.
- A. MAFFEI ALBERTI, *La Riforma dell'amministrazione straordinaria e le altre procedure concorsuali – I presupposti dell'amministrazione straordinaria*, in *La*

riforma dell'amministrazione straordinaria e le altre Procedure Concorsuali, Atti del Convegno Sisco, 11 novembre 2000, Milano.

A. MAFFEI ALBERTI, *Revocatoria fallimentare e conservazione dell'impresa*, in *Fallimento*, 1998, 899.

MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Milano, 1970.

A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989

C. MALINCONICO, *Tutela della concorrenza ed aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1992.

MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti-Greco, Milano, 2007, 65-115.

D. MANENTE, *Profili della disciplina della procedura di ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza (la c.d. legge Marzano)*, in *Studium iuris*, 2005, fasc. 5, 535 ss.

D. MANENTE, *Dalla "legge Marzano" al D.L. n. 134/2008: note minime sulle modifiche alla procedura di ristrutturazione di grandi imprese in stato d'insolvenza nel caso Alitalia*», in *Dir. fall.*, 2008, II, 520 ss.

D. MANENTE, *Il «decreto Parmalat»: appunti per una prima lettura*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 35 ss.

P. MANGANELLI, *Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d'impresa*, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 23, 28 ss.

MANIA, *Alitalia e la nascita del capitalismo "consociativo"*, in *Il Mulino*, 2008, 993 ss

R. MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, 2005.

A. MARRAS, *Convegno "La riforma del diritto delle società di capitali: prime esperienze applicative"*, Firenze, 22-23 ottobre 2004, in <http://www.cesifin.it>

R. MASERA, (edited by), *The Great Financial Crisis. Economics, Regulation and Risk*, Bancaria Editrice, 2009.

D. MAZZOCCA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Napoli, 2001, 56.

A. MELUCCO, *Amministrazione straordinaria*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, Torino, 2011, 773 ss.

A. MELUCCO, *Legge Prodi e amministrazione "liquidatoria": il destino singolare delle amministrazioni straordinarie ex lege 95/1979*, in *Temi Romana*, 2003.

- MENGOZZI, *Il principio dell'investitore in un'economia di mercato e i valori del diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 27.
- MENGOZZI, *La disciplina comunitaria sulla concorrenza ed attività bancaria*, in *Banca impr. soc.*, 1992, 215.
- M. MENJUCQ, *Les groupes de sociétés*, in F. JAULTSESEKE, D. ROBINE, *L'effet international de la faillite: une réalité?*, 2004, p. 163 ss.
- M. MENJUCQ *EC- Regulation n. 1346/2000 on Insolvency proceedings and groups of companies*, in *European Company and Financial Law Review*, 2008, p. 135 ss.
- MEO, *Aiuti di Stato e forme di risanamento d'impresa compatibili*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 50,
- R. MICCÙ, *Economia e costituzione. La costituzione economica nell'ordinamento composito europeo*, Torino, 2011.
- MICCÙ, *L'economia sociale di mercato come nuovo "principio-speranza"? : diritti fondamentali e politiche sociali in un sistema costituzionale 'multilivello'*, in Atripaldi-Miccù-Pernice, Napoli, 2004.
- MICCÙ, *Dimensioni dell'identità costituzionale europea e recesso dall'Unione*, in M. A. Garcia Herrera (a cura di), *XXV Anniversario de la Constitution Española*, Madrid (paper), 2004
- MICCÙ, *Modello sociale e governance economica nel Trattato costituzionale europeo: prime note*, in R. Cagiano de Azevedo, *European Welfare*, Roma, Edizioni Kappa, 2004
- MICCÙ, *Il costituzionalismo europeo e la sfida delle identità costituzionali nazionali*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, Jovene, 2010
- MICCÙ, *L'omogeneità come principio 'ordinatore' del processo costituzionale europeo*, in *Diritto e Cultura*, 2, 27-70, 2001.
- MICCÙ, *Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in V. Atripaldi e R. Miccù (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea*, Padova, 2003
- MICCÙ, *The Economic Governance in the Constitution for Europe*, in I. Pernice/M. P. Maduro, *A Constitution for the European Union: First Comments on the 2003-Draft of the European Convention*, Nomos, Baden-Baden, 2003
- MICCÙ, *Il Trattato di Roma 2004 e la Costituzione composita dell'Europa. Analisi e prospettive di ratifica*, in *ForoEuropa*, novembre 2004
- G. MINERVINI, *La capogruppo ed il governo del gruppo in I gruppi di società*, *Atti del internazionale di studi Venezia Novembre 1995*, Milano 1996, 1565 ss.

- G. MINERVINI, Alcune riflessioni in tema di composizione dell'impresa industriale, in AA.VV., *Problemi attuali dell'impresa in crisi*, Padova, 1983, p. 14.
- G. MOLLE – L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e di intermediazione finanziaria*, 2005, 46.
- S. MONEGHINI, *Indennità supplementare per i dirigenti dell'industria e licenziamento adottato dall'impresa in amministrazione straordinaria successivamente posta in liquidazione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2006, n. 4, 1147 ss.
- MONTANARI, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, in *Giur. comm.*, 2000.
- MONTANARI, *La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: prosegue il dibattito*, in *Giust. Civ.*, 2000.
- MONTANARI, *L'amministrazione straordinaria delle « grandissime » imprese in stato di insolvenza*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005.
- MONTI, *Ec Competition Law*, Cambridge-New York, 2007.
- MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XVII, 1 ss.
- G. MUCCIARELLI, *Impresa e impresa del gruppo nella nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Rivista delle società*, gennaio-febbraio 2000, fasc. 1, 868 ss.
- F.M. MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria in un Paese Membro della UE e giurisdizione fallimentare*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006, pp. 616 ss.
- F. MUNARI, "Il rapporto tra la disciplina sugli aiuti di Stato e le politiche a tutela dei cittadini e dei consumatori" in LIGUSTRO-SACERDOTI, *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, 729 ss.
- MUSSO, voce *La disciplina della concorrenza nella costituzione per l'Europa*, in *Studi in onore di Gerhard Schricker*, Milano, 2005, 435 ss.
- G. NAPOLETANO, *Note sull'autorizzazione della Banca d' Italia all'esercizio delle azioni civili nei confronti degli organi dell'amministrazione straordinaria delle banche*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006, n.5, 604 ss.
- NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1094 ss.
- NAPOLITANO, *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato «co-assicuratore»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1096 ss.

- NAPOLITANO, *From the Financial to the Sovereign Debt Crisis*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 92 ss.
- NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 479 ss
- NICOLAIDES-KEKELEKIS-KLEIS (a cura di), *State Aid Policy in the European Community : Principles and Practice*, The Hague, 2008
- NICCOLAI, *Sull'utilizzo del principio di utilità sociale in una sentenza sulla pianificazione*, in *Giur. cost.*, 1991, 472 ss.
- NIGRO, *Crisi e risanamento delle imprese: il modello dell'amministrazione straordinaria delle banche*, Milano, 1985.
- NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994, 42-43
- NIRO, *sub 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Torino, 2006, 851 ss.
- N. NISI, Centro degli interessi principali e trasferimento della sede statutaria: la corte di giustizia dell'unione europea torna sul regolamento n. 1346/2000 in materia di insolvenza transfrontaliera, in *Liuc Papers n. 246, Serie Impresa e Istituzioni 29*, febbraio 2012.
- A. NUZZO, *Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa*, in *A.G.E.*, 2009, 110.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), *Roundtable on failing firm defense*, DAF/COMP(2009)38, Paris, 10-8-2010, 37
- G. OLIVIERI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, (Reg. CE 1346/2000), in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm
- G. OLIVIERI-PEZZOLI, *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *AGE*, 2009, 116
- ONIDA, *Articolo 41: la Carta e lo «Stato sociale»*, in *Corriere della sera*, 11 giugno 2010.
- OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA. VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 70.
- ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, Torino, 2006, 1693 ss.
- M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995.
- S. PACCHI PESUCCI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di "rilevanti" dimensioni*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. APICE, 2010.

- S. PACCHI PESUCCI, *Dalla “nuova” amministrazione straordinaria alla riforma delle procedure relative alle imprese in crisi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Volume 99, anno 2001, 31 ss.
- PACCHI PESUCCI, *Revocatoria fallimentare tra tutela del credito e gestione della crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 376;
- S. PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989
- PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela della concorrenza»?*, in *Giur. cost.*, 2004, 262-263.
- M. PACINI, *Garanzie procedimentali in materia di amministrazione straordinaria*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 3, 315 e ss.
- A. PAGLIARI, *Commento sulle nuove norme europee riguardo alle crisi bancarie, Commento all'art. 29 della “Comunitaria 2002”*, in www.portalino.it/nuke/modules.php?name=Sections&op=printpage&artid
- P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993.
- P. PAJARDI, *La fase di instaurazione del processo di amministrazione straordinaria*, in *Manuale di Diritto Fallimentare*, 1993, Milano, 1013.
- PALMIERI-PARDOLESI, *L'incompiuta ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*.
- A. PALUCHOWSKY, *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Codice del Fallimento*, a cura di PAJARDI e COLESANTI, Milano, 2004, 1834.
- L. PANZANI, *Il regolamento sulle procedure d'insolvenza*, Relazione al convegno organizzato dalla Corte d'Appello di Torino sul tema: “*La cooperazione giudiziaria in questioni civili*”, Torino, 31 maggio 2002, in *Contratto e impresa Europa*, fasc. 1, 2002, 436.
- L. PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali: due soluzioni a confronto*, in *Fall.*, 2001, II, 129 ss.
- PANZANI, *Parità di trattamento tra creditori e tutela della concorrenza*, in *Fall.*, 2006, 761 ss
- PANZERA, *Disciplina comunitaria della concorrenza e sistema bancario italiano*, in questa *Rivista*, 1990, I, 152.
- L. PAOLUCCI, *Imprese in crisi*, voce del *Digesto comm.*, VII, Torino, 1992, p. 210

- R. PAPPALARDO, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, 5, 1100.
- PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007.
- PARISH, On the private investor principle, in *Eur. Law Rev.*, 2003, 70.
- A. PATRONI GRIFFI, *La «nuova» disciplina della crisi delle banche: una prima visione d'insieme*, in *La nuova legge bancaria*, 265 e ss. ID., *La «nuova» disciplina della crisi delle banche: una prima valutazione d'insieme*, in *Riv. dir. impresa*, 1995, 77.
- PATRONI GRIFFI, *La concorrenza nel sistema bancario*, Napoli, 1979; UBERTAZZI, *Imprese bancarie e diritto comunitario antitrust*, in *La concorrenza bancaria*, a cura di Ubertazzi, Milano, 1985.
- PATRONI GRIFFI, *Imprese bancarie e diritto comunitario antitrust: nuove riflessioni*, in *Banca impr. soc.*, 1986, 31.
- A. PATTI, *La tutela dei creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2000, 258.
- A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice. Regole di mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutela dei conflitti*, 2009, 199 ss.
- A. PATTI, *Il curatore della nuova procedura concorsuale*, in *Fallimento*, 2005, 713.
- A. PAVONE LA ROSA, *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2000, fasc. 3, parte I, 481 ss.
- A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, fasc. 3. parte I, 557 ss.
- A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Rivista delle società*, luglio-agosto 2002, 794 ss.
- A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, in *Trattato delle Società per Azioni*, vol. 2°, Utet, Torino, 1991, 600.
- PAZZI, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di Catricalà e P. Troiano, Torino 2010, 1368
- P. PELLEGRINO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ed aiuti di Stato con particolare riguardo alla revocatoria fallimentare*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, gennaio-febbraio 2007, 119 ss.
- PERITZ, *Competition Policy in America*, O.U.P., Oxford, 2000.
- PERSANO, *Contestuali procedure d'insolvenza in ambito europeo*, in *Fallimento*, 2004, 1243 ss.

- PETIT, *Traité de Lisbonne et politique du concurrence – Rupture?*, in *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2008, 265 ss.
- M. PICCIOLO, *Alt al forum shopping in giro per la Ue -Fallimenti, addio ai debitori "migranti"*, in *D&G*, 2006, pp. 84 ss.
- G. PIEPOLI, *Interessi individuali e interessi collettivi nel risanamento della grande impresa*, Milano, 1983.
- G. PINNA, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998, 30.
- PINNA, Art. 87 CE, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, a cura di Pocar, Padova, 2001, 456-464
- C. PINOTTI, *Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000.
- C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Interessi pubblici nella disciplina public companies, enti privatizzati e controlli*, Padova, 2000.
- PIZZOLATO, *La «social card» all'esame della Corte Costituzionale*.
- S. POLI, *Il giudizio di costituzionalità nell'art. 6 della "legge Marzano": la Corte riconosce la legittimità delle revocatorie fallimentari nelle procedure di "risanamento oggettivo"*, in *Corriere Giuridico* 2006, fasc. 9, 1232 e ss.
- V. PROTO, *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e le procedure concorsuali*, in *Fallimento*, n. 1, 1997, 17.
- C. PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, marzo-aprile 2005, 288.
- C. PUNZI, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 4, 2003, 1035.
- B. QUATRARO, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, 1981, pp.385ss.
- L. RINALDI, *Il bilancio consolidato. Teorie di gruppo e assestamento delle partecipazioni*, Milano, 1990, 15 ss.
- I. QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo*, in *Comunicazioni e studi*, Milano, 2003.
- C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, Portland, 2009.

- G. RAGUSA MAGGIORE, *Prime note sulla nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, luglio-agosto 1999, 653 ss.
- REICH, *EuGH: Eigenkapitalzufuhr an Unternehmen durch die öffentliche Hand*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, 474-476
- M. RESCIGNO, *Le leggi Parmalat al vaglio della Corte costituzionale*, in *Il Corriere giuridico*, 2006, 1237 ss.
- G. A. RESCIO, *Le società azionarie. Amministrazione e controlli*, in AA.VV. *Diritto delle società di capitali (Manuale breve)*, Milano, 2003.
- G.A. RESCIO, *Le società azionarie. Amministrazione e controlli*, in AA.VV. *Diritto delle società di capitali (Manuale breve)*, Milano, 2003, 128 ss.
- E. F. RICCI, *La fase iniziale della nuova procedura di insolvenza delle grandi imprese*, in *La riforma dell'amministrazione straordinaria e le altre Procedure Concorsuali*, Atti del Convegno Sisco, 11 novembre 2000, Milano.
- L. RINALDI, *Il bilancio consolidato. Teorie di gruppo e assestamento delle partecipazioni*, Milano, 1990, 15 ss.
- M. RISPOLI, *L'analisi del sistema industriale* in Saraceno P. (a cura di), *Economia e direzione dell'impresa industriale*, Milano, 1978, 45 ss.
- ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, *Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado*, in *Rev. dir banc. bors.*, 1998, 83-85.
- N. RONDINONE, *I gruppi di imprese tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, 59 ss.
- R. RORDORF, *Il gruppo di imprese*, in AA.VV. *Il bilancio consolidato*, Milano, 1993.
- G.M. ROBERTI, *Aiuti di Stato e controlli comunitari*, in *Foro it.*, IV, 1992.
- G.M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997, 78.
- G. ROSSI, *Crisi dell'impresa: soluzioni al confine tra diritto societario e fallimentare*, in *Fallimento*, 1997, 914 ss.
- R. ROSSI, *L'amministrazione straordinaria tra Prodi- bis, decreto Marzano e L. 18/2/2004 n. 39*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, 638.
- A. ROSSI-D. GALLETTI, *Gli aiuti di Stato*, in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm
- A. ROSSI-D. GALLETTI, *La (troppo) breve storia di una (troppo) breve legge*, in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm

- R. ROSSI, *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, decreto Marzano e L. 18/2/2004 n. 39*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, maggio–agosto 2004, 634 ss.
- ROSSI DAL POZZO-NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009.
- ROSSI-MACCANICO, *Gibraltar: Beyond the Pillars of Hercules of Selectivity*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2012, 443-448.
- L. ROVELLI, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fallimento*, n. 10, 2000, 1098 ss.
- L. ROVELLI, *L'amministrazione delle grandi imprese insolventi*, in PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2002, 40 ss.
- RUGGERI, *Corte e diritti, in tempo di crisi*, [2012], reperibile in www.gruppodipisa.it, 20.
- C.A. RUSSO, *Commissione Europea, aiuti di stato alle banche e diritto societario: una difficile convivenza*, in *Banca impresa e società*, n. 3, 2009, 381 ss.
- L. SABATO, *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: "D.Lgs. 8 Luglio 1999, n. 270"*, in <http://www.ilfallimento.it/ricerche>
- F.J. SACKER, *European State Aid Law*, Munchen, 2011.
- SAITTO, *Quando l'esigenza di tutela della dignità fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale*, in *Giur. cost.*, 2010, 182 ss.
- SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in <http://www3.unisi.it/ianus/numero%205/01.saitto.pdf>, 67
- SALIMBENI, *Gli aiuti di Stato alle imprese. Profili generali*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 13
- A. SAMPIETRO, *Brevi cenni su alcuni aspetti della nuova amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2001, n. 6, 68 ss.
- SANASI D'ARPE, *Linee evolutive delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e prospettive di riforma*, in *Notarilia*, anno IV, n. 2, 25
- M. SANDULLI, *L'"amministrazione straordinaria" delle imprese in crisi*, 1979, 43.
- M. SANDULLI, *La crisi economica dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 971 ss
- R. SANTAGATA, *La nuova disciplina delle fusioni nel diritto bancario*, in *La prevenzione della crisi bancaria nell'ordinamento italiano e comunitario*, Milano, 1996, 74 ss.
- A. SANTAMARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato*, Torino, 2006.
- A. SANTAMARIA *Diritto commerciale comunitario*², Milano, 1995, 362 ss

- A. SANTA MARIA, *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, 2006.
- A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, 154.
- SANTA MARIA, *EC Commercial Law*, London, The Hague, Boston, 1996, 272-273.
- R. SANTAGATA, *La nuova disciplina delle fusioni nel diritto bancario*, in *La prevenzione della crisi bancaria nell'ordinamento italiano e comunitario*, Milano, 1996, 74 ss.
- F. SANTANGELI, *Il decreto legge Marzano, ovvero, le mani della politica sui procedimenti di ristrutturazione delle grandissime imprese in crisi*, in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm
- F. SANTANGELI, *L'esito infausto dell'amministrazione straordinaria delle grandi e delle grandissime imprese in crisi*, in *Dir. fall.*, 2009, n. 6, 757 ss.
- M. SANTARONI, *Amministrazione straordinaria. L'impresa grandissima si ridimensiona*, in *Le nuove leggi civili commentate*, gennaio-aprile 2005, 71 ss.
- C. SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, in www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm
- G. SANTONI, *L'amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, in *Diritto e Giurisprudenza*, fasc. 1-4, 1999, 115 ss.
- D.U. SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.2, 2003, 665 ss.
- I. SCALERA, *Il caso Cirio: ma il problema resta*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc. 6, 2003, 1078 ss.
- SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*; in *Foro it.*, 2010, n. 11, 2913 ss.
- C. SCHEPISI, *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di stato. Il nuovo approccio della Commissione Europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011.
- SCHINA, *State aids under the EEC Treaty Articles 92 to 94*, Oxford, 1987.
- SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 57 ss.
- SCHEPISI, *Aiuti di Stato e public enforcement: l'esecuzione effettiva delle decisioni sugli aiuti illegali ed incompatibili*, in SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, 97 ss.
- SCHEPISI, *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 429 ss.

P. SCHLESINGER, *Una nuova procedura concorsuale: l'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 1979, 31

S. SCIARELLI, *Il sistema d'impresa*, Padova, 1977, 67 ss.

SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione "orizzontale" e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, in SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato"*, Torino, 2011, 139 ss.

L. SESTA, *Gli aiuti di Stato ed il mercato unico*, in [www. diritto. It/materiali/europa/contatti_glo.htm](http://www.diritto.it/materiali/europa/contatti_glo.htm)

G. SICCHIERO, *Osservazioni sulla questione di costituzionalità della cosiddetta legge Marzano e possibilità alternativa di un'interpretazione com'unitariamente orientata*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, fasc. 2, 346 ss.

SLOTBOOM, *State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?*, in *Eur. Law Rev.*, 1995, 289

A. SOLIDORO, *Responsabilità delle banche per la vendita alla clientela di obbligazioni Parmalat*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2006, fasc. 6, 1258 ss.

SOLTESZ-VON KÖCKRITZ, *From State aid control to the regulation of the European banking system: DG Comp and the restructuring of banks*, in *Eur. Comp. Journ.*, 2010, 285 ss.

A. R. SORKIN, *Too Big To Fail. The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System – and Themselves*, Penguin Group, 2009.

F. SPADETTO – L. PONTI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Dalla "Prodi bis" alla "Marzano": problemi applicativi*, Padova, 2006.

E. SPANO, *Quale procedura per la crisi della grande impresa: dall'amministrazione straordinaria al risanamento mediante concordato coatto amministrativo*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, gennaio-febbraio 2005, 47 ss.

SPITALERI, *I rimedi azionabili dal privato contro il beneficiario di aiuti illegali incompatibili: il caso CELF*, in SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato"*, Torino, 2011, 229 ss.

S. SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e costituzione dell'economia nel "singolare" caso Alitalia*, in *Foro amm.*, 2009, 5, 1444.

STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2001, 305

L. STANGHELLINI, *Cos'è il decreto Parmalat*, in www.lavoce.info/news/view.php?cms_pk=1770&n_page=12

L. STANGHELLINI – M. FABIANI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in *Corriere giuridico*, n. 10, 2008, 1337 ss.

L. STANGHELLINI, *Caso Alitalia e procedure concorsuali*, in *A.G.E.*, 2010, 383 ss.

L. STANGHELLINI, *Un decollo che sfida le leggi*, reperibile all'indirizzo www.lavoce.info

STAUNOVO POLACCO, *La «Legge Prodi» dopo la decisione della Commissione CE 16 maggio 2000 e gli altri provvedimenti degli organi comunitari*, in *Fallimento*, 2001, 469

L. STECCHETTI, *Law Cost: ripercussioni della legge "salva Alitalia"*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2008, 513 ss.

STECCHETTI-AMARETTI, *Il ventennale dell'antitrust e la Corte Costituzionale*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2010, 459-467.

G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2000.

STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, in *Diritto dell'Unione europea*, a cura di Strozzi, Torino, 2006, Parte speciale, 359-425.

N.N. TALEB, *Robustezza e fragilità. Che fare? Il Cigno Nero Tre anni dopo*, Il Saggiatore, 2010.

A. M. TARANTOLA RONCHI, *La vigilanza sulle banche e sui gruppi bancari*, Bologna, 1996, 289.

G. TARZIA, *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.* 1982, I, 730.

G. TARZIA, *Disapplicazione della Legge Prodi per contrasto della disciplina comunitaria*, in *Fallimento*, 2000, 513.

G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali*, Milano, 2004.

G. TERRANOVA, *Il concetto di insolvenza*, Torino, 1998, 30 ss.

TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007.

TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 795-839.

TESAURO, *Disciplina comunitaria degli aiuti di stato ed imprese bancarie*, in *Dir. Comm. Int.*, 1991.

TODINO, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, 507 ss.

TOMASSO, *Osservazioni a Trib. Verona, 14 giugno 2012*, in *Fallimento*, 2013, n. 3, 364 ss.

TONETTI, *La disciplina comunitaria e globale degli aiuti a favore del sistema bancario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 659 ss.

TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, in SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato"*, Torino, 2011, 8;

- G.L. TOSATO - L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004.
- P. TUCKER, *Shadow banking, capital markets and financial stability*, Remarks at a BGC Partner Seminar, London, 21 January 2010.
- P. TUCKER, *Resolution of large and complex financial institution – the big issue*, European Commission Conference, *Building a Crisis Management Framework for the Internal Market*, 2010.
- M. L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di stato: dal controllo all'enforcement*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2010, 381 ss.
- E. VACCA, *Gli aiuti di Stato alle imprese. Considerazioni introduttive*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 5.
- P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Torino, 2012, 268, nt. 96.
- M. VALIGNANI, *La crisi della grande impresa: l'evoluzione dell'amministrazione straordinaria*, in *Impresa*, 2005, 1742 e ss.
- L. VASSALLO, *Il ruolo dei giudici nazionali nelle controversie in materia di aiuti di Stato*, in *Corriere giuridico*, n. 6, 2010, 705 ss.
- VATTERMOLI-ROTONDO, *Gli aiuti di Stato alle imprese bancarie in difficoltà*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 239 ss.
- F. VELLA, *Il nuovo diritto societario e la governance bancaria*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario e le banche. Nuovi modelli, nuovi strumenti: opportunità e criticità*, Roma, 2004, 158.
- A. VERRILLI, *Diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2003.
- R. VIGO, *I limiti alla disapplicazione delle norme nazionali recanti aiuti di Stato illegali: il caso dell'amministrazione straordinaria*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, marzo - aprile 2004, 143 ss.
- VINCRE, *Ammissione immediata all'amministrazione straordinaria*, in *Commentario alla legge Marzano*, a cura di CASTAGNOLA-SACCHI, Torino, 2006, 48 ss.
- M. VITALE, *"Parmalat: crisi di sistema"*, in *Rinascimento popolare*, Vol. IX, n. 2, 2004.
- VISCO, *La crisi finanziaria e le previsioni degli economisti*, Lezione inaugurale del Master in Economia pubblica tenuta a Roma il 4 marzo 2009
- VOGEL, *Die Soziale Marktwirtschaft als Leithild für die Wirtschaftspolitik*, Hamburg, 2008; *60 Years Social Market Economy – Jena Manifesto for the Renewal of the Social Market Economy*, a cura di Konrad, Adenauer e Stiftung, Berlin, 2008; *The Social*

Market Economy in a Globalized World (Congress Document adopted by the EPP Statutory Congress – Bonn, 9-10 December 2009).

F. VOLPE, *Seminario integrativo di diritto bancario. La posizione dei soci nel governo della società per azioni bancaria in crisi*, in www.unipv.it/laposizionedeisoci.pdf

WERNER-MAIER, *Procedure in Crisis? Overview and Assessment of the Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, 177 ss.

K. WHEARE, *Del governo federale*, Bologna, 1997, 139 ss.

WINTER J.A., *Re(de)fining the notion of State Aid in Article 87 (1) of the EC State Treaty*, in *Com. Market Law Rev.*, 2004, 475 ss.

K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien u. Leipzig, 1924, 86 ss.

ZAGREBELSKY, *Corte costituzionale e principio d'uguaglianza*, in *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, a cura di N. Occhiolupo, Padova, 1984, 108 ss.

ZANICHELLI, *La ristrutturazione industriale di grandi imprese*, in stato di insolvenza (D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge 18 febbraio 2004, n. 39 e successivamente modificata - "decreto Marzano"), in FAUCEGLIA-PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 2080 ss.

S. ZORZOLI, *Le soluzioni esogene alle crisi bancarie*, in AA.VV. (a cura di RUOZI), *Le crisi bancarie*, 192 ss.
